



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LOLITA E A CORTE - O DEBATE SOBRE A AUTONOMIA SEXUAL DA VÍTIMA
DE ESTUPRO COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL.

Luisa Teresa Hedler Ferreira

Brasília
2015

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Curso de Graduação em Direito

Luisa Teresa Hedler Ferreira

**LOLITA E A CORTE - O DEBATE SOBRE A AUTONOMIA SEXUAL DA VÍTIMA
DE ESTUPRO COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharela em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília – UnB.

Orientador: Professor Doutor Evandro
Charles Piza Duarte

Brasília
2015

Luisa Teresa Hedler Ferreira

**LOLITA E A CORTE - O DEBATE SOBRE A AUTONOMIA SEXUAL DA VÍTIMA
DE ESTUPRO COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharela em Direito pela Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília –
UnB.

Orientador: Professor Doutor Evandro
Charles Piza Duarte

Brasília, 29 de junho de 2015.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Evandro Charles Piza Duarte
Professor orientador

Professora Doutora Camila Cardoso de Mello Prando
Membro da banca examinadora

Professora Doutora Ela Wiecko de Castilho
Membro da banca examinadora

Prof. Doutoranda Luciana Ramos
Membro suplente da banca examinadora

AGRADECIMENTOS

A maior ilusão de todas é achar que uma monografia se faz sozinha. É fato que a raiz grega *mono* significa *um*, mas isso só é aceitável para se referir ao tema – nunca à pessoa que escreve. Este é o momento que tenho para prestar homenagem às grandes referências acadêmicas que me acompanharam nesta jornada, que contribuíram para construir não só o texto que representa o resultado de seis (longos) anos de estudo, mas também para formar a própria pessoa que escreve agora... Porque, se um trabalho acadêmico tem como face aparente a concatenação de ideias teoricamente fundamentadas, ele não se concretiza no mundo através de uma máquina monografante, mas de um corpo humano com demandas físicas e emocionais. Esse trabalho nasceu do compartilhamento de ideias, sim, mas nada disso seria sequer possível se eu não tivesse o privilégio do tempo de me dedicar a elas, enquanto cuidavam da comida, da casa, e também da manutenção de um nível mínimo de sanidade mental. Esquecer essa dimensão do trabalho acadêmico é separar artificialmente corpo e mente, razão e emoção – e assim como procurei ao máximo escrever um trabalho por inteiro, não é nos agradecimentos que vou me fingir de *self-made (wo)man* e esquecer de toda a base que me sustenta.

Em primeiríssimo lugar, toda minha gratidão e meu amor para a minha família, meu apoio, minha rocha, minha vida. Não tenho palavras para descrever a importância que vocês. Obrigada Ana Rosa, minha querida madrinha, por enxergar o corpo humano por trás da montanha de livros, que também precisa de comida, cobertor e carinho. Obrigada pai, pela disposição e bom humor mesmo diante dos problemas mais cabeludos. Obrigada Luiz Gustavo, meu irmãozinho, que foi imensamente compreensivo com as loucuras de fim de curso, e ia de madrugada comprar energéticos para eu conseguir virar a noite (e pediu, especificamente, que eu escrevesse isso nos agradecimentos). Obrigada mãe, minha referência ética suprema, por me ensinar que existe força na doçura, e que eu não preciso me endurecer para ser determinada. Obrigada Oma Hella, por criar duas gerações de mulheres fortes, e por ser a melhor vovó feminista de todos os tempos!

Ao meu orientador, Professor Evandro, pela paciência, compreensão e dedicação meu mais profundo agradecimento e admiração, não só ao longo do processo de escrever a monografia, mas como excelente poeta, pensador e gestor das dificuldades e ansiedades que iam aparecendo no caminho. Obrigada por acreditar no meu potencial, e por ter um tino fantástico para saber a hora de exigir o meu melhor, e a hora de só mandar a

correção depois que eu tiver uma boa noite de sono. Espero que entre o sistema penal e a mitologia grega, sempre haja temas novos para explorar, escrever e viajar.

Aos amigos e amigas da UnB, que me ensinaram mais do que qualquer sala de aula. À “velha guarda” do PET- Direito, que viu Lolita surgir como uma postagem do blog de duas páginas, até virar essa monstruosidade de mais de cem - essas pessoas tão especiais que compartilharam tantos sonhos, ideias e reuniões, e sempre terão um lugar no meu coração. Às mulheres fantásticas da Faculdade de Direito, que transformaram uma adolescente revoltada em uma acadêmica que quer trabalhar com gênero. À Renata, Heloísa e Juliana, que compartilharam uma discussão tão produtiva sobre o tema e me deram ânimo para concluir o trabalho. À “Liga da Justiça”, Abhner, Bruna, Davi, Dudu, Fernanda, Gisela, Guilherme, Júlio, Mariana, Taísa, Victor e William, muitas já formadas, mas que também já foram calouros e calouras de olhos brilhantes, discutindo os primeiros temas difíceis depois das aulas e amigos para a vida toda. Ao Jojo e Rafs, companheiros de monografia, de lamentações a revisões e compartilhando planos de dominação mundial.

Obrigada ao professor Ilton Jardim, que me despertou o gosto pelas ciências humanas e a curiosidade acadêmica; Às professoras Vanessa e Edna Savytzky que, através do violino, não só abriram meu mundo para a música, mas me ensinaram a ser disciplinada por prazer, e não por obrigação. Às tantas professoras e professores que foram além do ensino de conteúdos para tocar a minha vida, e a de tantas outras pessoas.

A Rafael Ribeiro, meu mais exigente crítico e mais ferrenho apoiador.

Ao Vô Carlos, que já foi chamado por Deus, e que espero que esteja orgulhoso da neta.

E a Deus, finalmente, por ter me dado a oportunidade de ter tantas pessoas maravilhosas na minha vida.

Obrigada.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a forma como são construídas as identidades das vítimas de estupro com violência presumida pelo processo penal, através da intersecção entre estudos de infância e de gênero. O livro “Lolita”, de Vladimir Nabokov, é utilizado como metáfora e ponto de partida para um estudo a respeito de construções hegemônicas de infância, de gênero e da sexualidade dentro do imaginário cultural, e como essas noções influenciam os discursos dentro do processo penal. Para tanto, é feita a análise de todas as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal dos últimos 20 anos, em sede de *habeas corpus*, que tratam da questão do consentimento da vítima nos casos de estupro com presunção de violência. Uma vez que a proteção da criança é constitucionalmente prevista, o Brasil conta com uma legislação bastante progressiva nesses termos, que procura equilibrar a proteção e autonomia na perspectiva do melhor interesse da criança. Para melhor articular a autonomia e proteção dentro da problemática do consentimento sexual de crianças trabalhado no sistema penal, é feita um breve estudo sobre os limites e possibilidades da autonomia das escolhas em face a identidades marcadas por desigualdade de poder.

Palavras-chave: autonomia, consentimento sexual, desigualdade de gênero, estupro de vulnerável, presunção de violência, teorias da infância.

ABSTRACT

The objective of the present work is to analyze the way in which the identity of the victims of statutory rape cases is built, using the intersection of childhood studies and gender theory. The novel “Lolita”, written by Vladimir Nabokov, is used as a metaphor and starting point to reflect about how hegemonic constructions of childhood, gender and sexuality in are present in the cultural imaginary, and how it impacts criminal procedures. In order to achieve that, all the *habeas corpus* Court rulings of the Brazilian Supreme Court that deal with statutory rape in the last 20 years will be analyzed. Considering that the Brazilian State is constitutionally bound to protect children, there is a really progressive child protection law in place, trying to balance the notions of protection and autonomy within the framework of the best interest of the child. In order to better articulate this balance between autonomy and protection when it comes to sexual consent in the criminal justice system, a brief study of the concept of autonomy, and its limitations within identities marked by power imbalances, is made.

Keywords: autonomy, sexual consent, gender inequality, statutory rape, presumption of violence, childhood theories.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	10
1 LIVRO, PROCESSO, CRIANÇA E SILÊNCIO – AS MUITAS FACES DE LOLITA.....	17
1.1 Quem é Lolita?.....	17
1.2 Quem são as lolitas?	20
1.3 Lolita como criança	22
1.4 Lolita como sujeito de Direito	27
2 LOLITA VAI À CORTE: CONSTRUÇÕES DA SEXUALIDADE DA MULHER NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL.....	35
2.1 De Lolita a Josef K: quando o processo penal encontra a mulher.	38
2.2 De Lolita a Dolly Schiller: gênero, infância e autonomia.	49
3 AS LOLITAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DOS <i>HABEAS CORPUS</i> SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS ÚLTIMOS VINTE ANOS.	57
3.1 Resumo dos casos	57
3.1.1 Caso 1: HC 73662-9 MG 1996.....	57
3.1.2 Caso 2: HC 74215-7 MG 1996.....	60
3.1.3 Caso 3: HC 74826-6 SC 1996	61
3.1.4 Caso 4: HC 74580-6 1996	62
3.1.5 Caso 5: HC 74700-1 1997	64
3.1.6 Caso 6: HC 75414-7 MG 1997.....	65
3.1.7 Caso 7: HC 76246-1 MG 1998.....	66
3.1.8 Caso 8: HC 81268-6 DF 2001	68
3.1.9 Caso 9: HC93.2631 RS 2008.....	70
3.1.10 Caso 10: HC 94.818-9 MG 2008.....	71
3.1.11 Caso 11: HC 99897 PR 2009.....	72
3.1.12 Caso 12: HC 101.456 MG 2010	74
3.1.13 Caso 13: HC 97052 PR 2011.....	74
3.1.14 Caso 14: HC 109206 RS 2011.....	75
3.1.15 Caso 15: HC 105558 PR 2012.....	76
3.1.16 Caso 16: HC 111.159 BA 2013.....	77
3.1.17 Caso 17: HC 119091 SP, 2013	78
3.2 Panorama e tendências jurisprudenciais	79
3.3 Quatro modelos argumentativos	88

3.3.1	A mulher corrompida.....	89
3.3.2	A criança inocente (em estado de vulnerabilidade).....	92
3.3.3	A criança em situação de vulnerabilidade	97
3.3.4	A criança no exercício de sua autonomia.	98
CONCLUSÃO.....		101
Referências Bibliográficas.....		107

INTRODUÇÃO

“Lolita, luz da minha vida, fogo da minha virilidade. Meu pecado, minha alma. Lolita: a ponta da língua faz uma viagem de três passos pelo céu-da-boca abaixo e, no terceiro, bate nos dentes. Lo. Li. Ta. Pela manhã, um metro e trinta e dois a espichar dos soquetes; era Lo, apenas Lo. De calças práticas, era Lola. Na escola, era Dolly. Era Dolores na linha pontilhada onde assinava o nome. Mas nos meus braços era sempre Lolita.”

Vladimir Nabokov - Lolita

Lolita, mais do que um nome de uma personagem literária, carrega um significado cultural pesado para suas três sílabas. A origem de sua fama vem do aclamado – e polêmico – romance do russo Vladimir Nabokov, publicado em 1955, que relata a obsessão sexual de um artista europeu de meia-idade, chamado Humbert Humbert, por meninas entre 9 e 14 anos – que chama de *ninfetas* – e seu relacionamento com Lolita, uma garota de 11 anos de uma cidade pequena nos Estados Unidos. Ao longo da narrativa, Humbert casa-se com a mãe de Lolita, que morre pouco tempo depois, abrindo caminho para que a sedução aconteça. Ele descreve a criança como uma menina frívola e precoce, sendo ela a iniciadora das relações sexuais entre os dois, que se tornam amantes até a fuga da menina, dois anos depois (NABOKOV, 2000). A narrativa é feita em primeira pessoa, e através dos olhos do abusador, que justifica sua atração pelo fato de Lolita não ser uma criança normal, inocente, e sim uma *ninfeta*, com um ar sedutor que teria algo de demoníaco, mesmo fatal, invertendo os polos entre vítima e abusador, fazendo de Humbert uma vítima de seu desejo e das capacidades sedutoras de Lolita.

Apesar de ser o título do livro, a menina não está, de forma alguma, no controle da narrativa, é através dos olhos de Humbert que percebemos a história. Tudo o que se sabe sobre Lolita não é fruto de narrativas que ela constrói sobre si mesma, mas sim a partir do ponto de vista do homem adulto que a desejava. A sedução, os maneirismos e

a corrupção moral descritas poderiam ser muito bem uma interpretação completamente discrepante com a visão da menina sobre si. Suas intenções, planos e sonhos, portanto, permanecem ocultas nas páginas do livro.

Embora a obra literária já levante muitas questões sobre a intersecção entre infância e sexualidade – além dos questionamentos trazidos pelo protagonismo da narração de Humbert – a influência cultural de *Lolita* ultrapassa seu valor literário. Afinal, o termo “lolita” e “ninfeta” transbordam a narrativa representada por Nabokov em seu livro e nos dois filmes que adaptaram a história. Após a publicação do livro, os dois termos escaparam da literatura para a vida cotidiana, passando a significar uma criança sexualmente experiente, cuja sexualidade, de tão tentadora, é capaz de inverter os pólos da relação vítima-algoz que geralmente se imagina em situações sexuais envolvendo crianças e pessoas adultas (WOODHEAD; MONTGOMERY, 2007, p. 245). Mais do que personagem, *Lolita* se torna um arquétipo, um discurso cultural específico associado a crianças por causa do exercício da sexualidade (BRITO, 2007, p. 24).

Para compreender a formação do arquétipo de lolita¹, é necessário fazer a intersecção entre as duas narrativas culturais presentes em sua composição: os discursos normativos a respeito da infância e o da sexualidade das mulheres. Desta forma, é importante delimitar os problemas surgidos com a conceituação de infância, assim como o papel da sexualidade da mulher, tal como tradicionalmente percebida pela sociedade.

Se, por um lado, o espaço da infância é comumente visto como um espaço de inocência, ensejador uma proteção especial por parte dos adultos (FASS, 2003), o exercício da sexualidade é considerado um dos limiares da infância. Se demonstrações da sexualidade feminina ainda são estigmatizadas, principalmente quando exercidas fora do espaço normativo de relacionamentos heterossexuais e monogâmicos estáveis (ANDRADE, 2006, p.27-28), a junção das ideias de uma criança, exibindo características “contrárias” à infância, e coincidentes com a quebra da moral sexual designada às mulheres, cria um espaço de dupla rejeição do sujeito, uma dupla estigmatização: o *status* de criança é negado à Lolita, duplamente desviante, por causa do efeito polarizante do suposto exercício da sexualidade feminina (BRITO, 2007, p. 24).

¹ Enquanto “Lolita” é usada para fazer referência à personagem do livro de Vladimir Nabokov, a identificação com o arquétipo de criança sexualizada será referida como “lolita”.

O embasamento em valores culturais hegemônicos serve muito bem à narrativa persuasiva de Humbert, que se encontra em uma singular situação: o livro descreve seu diário de confissões, direcionado ao júri, enquanto ele está preso e aguarda julgamento. Não é Lolita que figura no outro polo da ação: Humbert foi preso por matar Clare Quilty, o homem responsável por ajudar Lolita a fugir. De qualquer forma, Humbert navega o universo jurídico, referindo-se diretamente aos membros do júri, pedindo cumplicidade e compreensão ao sistema jurídico, enunciando as circunstâncias da corrupção moral de Lolita como atenuantes para as suas ações, e caracterizando o envolvimento sexual entre uma menina de 12 anos e um homem de meia-idade como uma história de amor e arte, e não como abuso. Um amor, inclusive, capaz de justificar o assassinato cometido.

O livro não dá nenhuma indicação de qual seria a reação do Júri às confissões de Humbert, pois ele morre um dia antes de ser julgado. Porém, qual seria a reação do Judiciário ao enquadramento desse tipo de relacionamento como algo consensual? Mais ainda, qual é a reação do Judiciário, na atualidade, diante das ideias cristalizadas pelo livro? Qual é a reação diante dos argumentos referidos, que apelam ao símbolo de lolita?

Enquanto Humbert responde a um júri imaginário, explicando suas ações e seu relacionamento com uma menina de 12 anos, o sistema penal² também é o destino das situações reais de pessoas adultas que mantém relações sexuais com crianças e adolescentes menores de 14 anos no Brasil. O Código Penal de 1940, em sua redação original³, considerava que a conjunção carnal⁴ com menores de 14 anos ensejava a presunção de violência para poder ser tipificado como crime de estupro (BRASIL, 1940). Entretanto, havia a controvérsia a respeito da possibilidade de afastar essa presunção de violência por circunstâncias especiais a cada caso.

As lolitas brasileiras, portanto, chegam ao sistema penal como vítimas em processos nos quais os acusados se defendem com a alegação de que não se trata de

² De acordo com Nilo Batista (2007, p. 24-25), o sistema penal compreende o complexo de normas e instituições envolvidas na realização do direito penal. A polícia judiciária é a primeira das instituições envolvidas, pois instaura o inquérito policial, regida pelo Código de Processo Penal. A denúncia, se tratar-se de ação penal pública, é feita pelo Ministério Público, e julgada pela juíza ou juiz de acordo com o Direito Penal. Por fim, há também o estabelecimento penal, sujeito à Lei de Execução Penal, para os casos de pena privativa de liberdade.

³ Após uma reforma legislativa promovida pela Lei 12.015, de 2009, criou o tipo penal específico do estupro de vulnerável, que inclui qualquer contato sexual com menores de 14 anos (BRASIL, 2009). As consequências dessa mudança legislativa serão brevemente analisadas mais adiante no trabalho.

⁴ A conjunção carnal consiste no coito vaginal – ou seja, a introdução do pênis na cavidade vaginal (PRADO, 2010, p. 651). Outras formas de contato sexual – como o sexo oral, sexo anal, ou outras – não eram consideradas como estupro, e sim como atentado violento ao pudor, até as reformas de 2009. Isso significa, na prática, que somente mulheres poderiam ser vítimas de estupro.

estupro por haver algum elemento na vítima – seja experiência sexual anterior, aparência corporal sedutora, aquiescência e mesmo protagonismo nas relações sexuais – capaz de descaracterizar a relação vítima-algoz, ou até mesmo invertê-la em favor do acusado.

Em 1996, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu uma decisão em sede de *habeas corpus* que parecia confirmar essa tese: no HC 736629-MG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o paciente pedia a concessão de *habeas corpus* em razão da suposta vítima, com 12 anos de idade à época dos fatos, ter tido relacionamentos anteriores, ser promíscua, aparentar ser mais velha fisicamente e ter voluntariamente saído com o acusado, concordando em manter relações sexuais (BRASIL, 1996a). Não obstante decisões posteriores do STF tenham revertido esse entendimento, declarando o caráter absoluto da presunção de violência, a decisão de 1996 continuou sendo suscitada inúmeras vezes como um argumento da defesa. Anos depois, em 2012, a 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também decidiu pela relativização da presunção de violência no caso de duas meninas de 12 anos que se encontravam em uma situação de exploração sexual de crianças, também conhecida como “prostituição infantil” (PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, 2012).

No tempo presente, embora o STF tenha já consolidado o seu entendimento do caráter absoluto da presunção de violência no caso de meninas menores de 14 anos, a questão não está completamente pacificada no mundo jurídico. O STJ continuou discutindo o assunto, apenas uniformizando seu entendimento no informativo n. 555, considerando absoluto o caráter da presunção (STJ, 2014, p. 12-13).

Qual a resposta do Judiciário diante do argumento segundo o qual poderia haver consentimento em uma relação sexual entre um adulto e uma criança menor de 14 anos?

Diante do discurso persuasivo de Humbert, a Justiça brasileira, em suas mais altas instâncias, resolve pela irrelevância da eloquência de seu discurso na caracterização do caso. Seu relacionamento com Lolita seria criminalizado pelo simples fato de Lolita contar com apenas 12 anos na data dos fatos. Mas em um jogo de perguntas e respostas entre Humbert e o Judiciário, um primeiro ponto crucial fica oculto, perdido nas entrelinhas do romance e do processo: o que pensava Lolita? O que pensam as lolitas da situação ora judicializada?

É impossível saber ao certo a vontade da Lolita literária, pois só através da voz de Humbert suas ações e discursos são interpretados. Da mesma forma, no processo penal, na tentativa de construção retroativa de eventos ocorridos no passado (LOPES JR, 2013, p. 535) é impossível apreender racionalmente toda a complexidade das

relações humanas. Entretanto, enquanto a estrutura específica do romance está no controle de quem a escreve, a estrutura da produção e apreensão de narrativas do Judiciário é matéria regulada normativamente, e considerada como uma garantia fundamental para a sociedade contemporânea, como uma forma de obter o acesso à Justiça e a própria materialização dos direitos substanciais (FERRAJOLI, 2010).

Ademais, enquanto uma gama infindável de argumentos pode ser utilizada em um romance, na tentativa de convencer ou provocar a pessoa que lê, a argumentação jurídica é necessariamente vinculada aos valores norteadores de sua Constituição. No contexto brasileiro, isso significa que os preceitos de direitos fundamentais da Constituição Federal não podem ser ignorados – o que, nos casos das lolitas significam a igualdade de gênero, preceituada no art. 5º, quanto à proteção especial conferida à criança, enunciada no art. 224.

Muito embora Lolita esteja fadada a ficar eternamente sem uma voz no romance cujo título evoca, talvez esse quadro possa ser revertido quando se fala das lolitas de carne e osso do sistema penal. Dificilmente a fala dessas vítimas, quase sempre silenciadas nos registros processuais, poderá ser recuperada. Porém, a crítica dos discursos jurídicos e de sua capacidade para pensar outras narrativas pode ser um começo.

O objetivo do presente trabalho é investigar a forma como as vítimas são retratadas nos processos de estupro com presunção de violência, nos casos em que a defesa alega que houve consentimento da vítima. Através dos argumentos utilizados pelos ministros na última instância decisória do país, procura-se analisar até que ponto eles refletem os discursos moralizantes hegemônicos a respeito de infância e sexualidade feminina, e vislumbrar quais são as possibilidades de efetivamente proteger o melhor interesse das crianças e adolescentes nas situações que problematizam os valores de proteção da infância e do livre exercício da sexualidade.

Para tanto, serão analisadas todas as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de *habeas corpus*, nos últimos 19 anos, sobre estupro com presunção de violência, nos casos em que a defesa alega o consentimento da vítima. O marco inicial escolhido foi a decisão de 1996 que relativizou a presunção de violência, até a última decisão proferida pelo STF, em 2013.

A relevância de se analisar os discursos dos ministros do STF e as formas como eles articulam discursivamente os conceitos de infância e sexualidade da mulher reside no fato de o discurso jurídico, mais do que representar, atua institucionalmente na criação de discursos oficiais, com o potencial de serem reproduzidas incontáveis vezes

(EHRlich, 2001). A forma como a argumentação é articulada na mais alta instância do Judiciário brasileiro reflete também nas instâncias inferiores e, conseqüentemente, nas vidas envolvidas em cada processo. O tratamento desses casos nos processos penais está sendo, de alguma maneira, modificado e informado pelo posicionamento no STF na matéria.

Assim como Humbert Humbert fragmenta o ser humano que é objeto de sua obsessão, concedendo vários diferentes nomes para sua vítima, também são os diversos aspectos de Lolita – e de suas contrapartes no processo – que o primeiro capítulo procura analisar. A primeira Lolita tem alguns aspectos importantes da narrativa literária correlacionados com a situação das narrativas processuais, principalmente no tocante ao papel que desempenham dentro do processo, sem ter um espaço próprio para se manifestarem. Na literatura essa invisibilidade é analisada pelo viés das formas como a narrativa influencia sua percepção no romance de Nabokov. Os processos serão introduzidos, com a justificativa de sua escolha e a metodologia de sua coleta. Por fim, será problematizado o conceito de infância – que é o fator que motiva os processos, e torna a narrativa literária tão chocante – para analisar como a própria construção social da infância constrói arquétipos, e como o sistema jurídico absorve seus conceitos para articular-se, contemporaneamente, em uma dialética entre a proteção e autonomia.

O segundo capítulo dedica-se ao segundo eixo a ser considerado na possibilidade de consentimento sexual de crianças menores de 14 anos: o fato de serem mulheres. Com o auxílio do conhecimento produzido nos estudos de gênero, será feito um breve histórico da forma como os crimes sexuais foram tradicionalmente construídos no Judiciário, e como a imposição da moral sexual hegemônica – embora já oficialmente retirada dos textos normativos – ainda persiste em interpretações contemporâneas dos casos judicializados. A ideia de autonomia sexual é problematizada, tanto no eixo da infância quanto no de gênero, e o sistema penal é colocado em cheque como ferramenta apta à resolução de conflitos, tanto por seus métodos constitutivos quanto à limitação de seus resultados, finalizando, portanto, a contextualização da situação em que se encontram as vítimas nos processos em questão.

No terceiro capítulo, as questões teóricas problematizadas nos capítulos anteriores serão articuladas com a análise das decisões tomadas em matéria de estupro com presunção de violência, em que a defesa alega que houve o consentimento da vítima. Após uma descrição geral de cada caso, serão demarcadas tendências gerais e a progressão da Jurisprudência ao longo dos anos. Serão separados os quatro tipos de

argumentos que predominam nos discursos dos juízes, sejam eles pela condenação ou pela absolvição, e seus pressupostos e implicações teóricas serão discutidos.

Finalmente, com base na problematização dos argumentos e das construções sobre a autonomia dos sujeitos, poder-se-á apontar quais argumentos estão claramente em desacordo com os princípios de proteção à infância e à adolescência, e delinear algumas possíveis soluções para que os processos de estupro de vulnerável possam ser julgados de acordo com o melhor interesse da vítima.

1 LIVRO, PROCESSO, CRIANÇA E SILÊNCIO – AS MUITAS FACES DE LOLITA.

1.1 Quem é Lolita?

Eu era uma menina de 13 anos quando li Lolita – tinha as mesmas cicatrizes de pequenos cortes na pele, ia à escola e vez ou outra tomava sol no sítio da minha avó – mas não era a história desta menina, que poderia ter sido eu mesma, que li naquelas páginas. (...)E só quando eu fechei o livro, depois de terminá-lo, que eu percebi que tinha passado cada uma dessas páginas aceitando a visão do pedófilo a respeito da história, empatizando com seus lamentos e praticamente torcendo para que Lolita não fugisse... Naquele momento, fiquei assombrada, pensando que eu era uma pessoa má.

Luisa Hedler

Humbert Humbert é um refinado acadêmico inglês que, em virtude de um amor frustrado na infância, tem uma atração especial por meninas de 9 a 14 anos que sejam especialmente sedutoras – que chama de ninfetas. Ao mudar-se para os Estados Unidos, apaixona-se perdidamente por Lolita, uma ninfeta de doze anos que é filha de Charlotte, proprietária da casa em que Humbert é inquilino. Apesar de desprezar a mãe, que ele considerava frívola e estúpida, e considerar a filha impregnada de hábitos americanos que ele desprezava e criticava, ele sentia-se irresistivelmente atraído. Assim, por amor à menina, casou-se com a mãe para ficar perto dela. A mãe, descrita como alguém de pouca inteligência, não tinha nem ideia das disposições do marido até que leu seu diário, enquanto Lolita estava em uma colônia de férias. Ameaçando Humbert de expô-lo à polícia, e disposta a levar a filha para longe, ela é atropelada por um carro enquanto saía correndo da casa, horrorizada – finalmente dando as condições para que ele pudesse, enfim, seduzir a enteada. E é exatamente isso o que faz – primeiro como um jogo de sedução, depois como troca de favores, depois como a única coisa que a impede de ir para um lar de adoção.

Inicialmente, Humbert pretendia drogar Lolita e aproveitar-se de seu sono para abusá-la. Porém, em uma noite, Lolita revela que já tinha tido experiências sexuais anteriores, e Humbert descreve a cena como se a própria menina desejasse seduzi-lo. Depois de passarem meses indo de hotel em hotel, padrasto e enteada se instalam em uma pequena cidade, para que Lolita possa voltar à escola. A possessividade de Humbert é vista pela sociedade como as atitudes de um pai conservador, e essa situação se perpetua até que Lolita consegue fugir (NABOKOV, 2000). O livro é narrado pelo próprio Humbert em uma condição bem peculiar: trata-se uma espécie de diário apologético de confissões, enquanto o narrador está preso aguardando julgamento por matar o homem que possibilitou a fuga de Lolita. Ele tem os membros do júri como interlocutores, referindo-se a eles diretamente não mais do que 29 vezes ao longo do livro (REFERÊNCIA, p. xvii), e defendendo suas ações e seu caráter como um artista culto, inteligente e com um senso de humor irônico e cativante.

Através das palavras do narrador vemos Lolita descrita de inúmeras formas: a vulgaridade de seu comportamento, sua beleza e precocidade sexual, seu jeito sedutor, a forma como é fútil e interesseira – talvez tantos floreios e detalhes para que seu interlocutor, o júri, passe as tantas páginas de seus escritos julgando as contraditórias características de Lolita para esquecer-se, por alguns momentos, que é a história de uma menina órfã de 12 anos que mantém relações sexuais com seu padrasto e mantém segredo sobre isso sob a ameaça de abandono ao sistema de adoção. De Lolita, fala-se muito – mas Lolita, pelo próprio estilo de narrativa, ela mesma pouco fala.

O livro foi um verdadeiro escândalo quando foi lançado. Várias editoras recusaram a publicá-lo, sendo que apenas uma editora francesa, a Olympia Press Books (mais conhecida pelos títulos pornográficos que publicava) publicou o livro em 1955. (NABOKOV, 2000, p. xxxiv). A crítica literária ficou bastante dividida em sua recepção da obra. Uma parte dos críticos via o livro como uma obra erótica que romantiza o abuso, algo pornográfico e de mau gosto, até mesmo sendo “responsável pela praga de pedofilia que assola [os Estados Unidos]” (PODHORETZ apud WOODHEAD; MONTGOMERY, 2007, p. 244). Já outro posicionamento é o de que o autor é consciente do terrível abuso que a situação representa, mas se utiliza do recurso do narrador tendencioso para escondê-lo. Com um narrador inteligente, engraçado e afável, o autor estaria desafiando a pessoa que lê a enxergar o horror por trás do charme de Humbert Humbert (ROTHSTEIN, 2000, p. 23). Ainda há uma minoria que é convencida plenamente pela narrativa de Humbert, chegando a afirmar que “o tema não

é a corrupção de uma criança inocente por um adulto ardiloso, mas sim a exploração de um adulto fraco por uma criança corrupta”(DAVIES apud RAGUET-BOUVART, 1996, p. 213).

Curiosamente, é essa corrente minoritária que marca o significado que “Lolita” e “ninfeta” assume na linguagem corrente: após o lançamento do livro, essas palavras passaram a ser associadas, na cultura Ocidental, a crianças sexualmente precoces, *femme fatales* mirins e sedutoras (WOODHEAD; MONTGOMERY, 2007, p. 244) (PATNOE, 1996, pp. 82-83). Para além de ser uma personagem de livro, Lolita passou a ser um fenômeno cultural, uma leitura da sexualidade infantil que coloca nas meninas a responsabilidade por seduzir e corromper mentes adultas mais fracas. Inclusive, a expressão *jail-bait* (tradução literal, *isca de cadeia*), do inglês, ilustra bem essa noção: segundo Woodhead e Montgomery (2007, p. 245), “induz ao pensamento de que a sexualidade [da menina] é tão tentadora a homens mais velhos que eles se tornam as vítimas das meninas, e não o contrário”. Longe de ter sido inventada pelo personagem de Nabokov, a noção de que a sexualidade feminina é algo perigoso, e de que toda a responsabilidade sobre o comportamento sexual recai sobre as mulheres (por mais jovens que sejam) é uma característica cultural do machismo presente na cultura Ocidental (PATNOE, 1996, p. 84).

Lolita, então, é a imagem de uma pequena predadora sexual – mas qual é o nível de controle desse sujeito sobre a identidade que lhe é designada? Humbert descreve um protagonismo de Lolita na primeira relação sexual – mas o ponto crucial está no fato de que toda a erotização e a iniciativa estão sendo narradas por ele, e nunca pela menina.

Lolita é apagada da narrativa de muitas formas, através das artimanhas verbais do narrador. Humbert impõe sobre ela a repetição de um antigo amor de infância (NABOKOV, 2000, p.12), encobre-a diversas vezes com comparações a obras de arte e outras personagens de ficção, erotiza muitas de suas ações, descreve tendenciosamente suas reações e, por fim, como a finalidade do próprio livro, visa transformar, sublimar a figura carnal de Lolita em arte (SCHWEIGHAUSER, 1999). Por fim, a maior das violências está estampada no título do livro: o nome de batismo da personagem é Dolores. A mãe, as colegas de escola, todas elas chamam a menina por diversos nomes – e, depois que foge de seu abusador, casa-se e escolhe ser chamada de Dolly. É só Humbert que lhe confere o nome constante no título do livro, o nome pelo qual a personagem foi imortalizada.

“Lolita”, afinal, não é o nome de uma protagonista, ou mesmo uma referência forte a uma menina de carne e osso – em verdade, a Lolita visível foi uma imposição,

uma fantasia erótica criada por um homem adulto para justificar e sublimar o abuso de uma criança de 12 anos. “Lolita” é a primeira e a última palavra da narrativa de Humbert, mas as palavras da própria Lolita, enfim, permanecem um mistério.

1.2 Quem são as lolitas?

*Existe na realidade uma sombra, despercebida pela maior parte dos críticos, mas conhecida por assistentes sociais e instituições mentais. É a sombra das Lolitas de verdade que existem na escuridão ao longo de suas vidas.*⁵

Elizabeth Janeway

Enquanto Lolita, sem voz e sozinha, vagueia pelo imaginário ocidental como uma figura de infância erotizada, crianças com menos de 14 anos também veem suas histórias capturadas por instâncias nas quais elas têm nenhum controle – no caso, o Judiciário – em que são apresentadas narrativas que afirmam que houve consentimento, ou mesmo protagonismo, em suas relações sexuais com homens adultos. Uma vez que o objetivo do trabalho é analisar como os discursos da sexualidade e da infância se articulam nos processos que versam sobre essa situação, foram analisados todos os processos de estupro com presunção de violência julgados em sede de *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos 20 anos, ou seja, a partir da decisão do HC 73662-9 MG, de 1996. Essa escolha foi feita por razões tanto metodológicas quanto práticas.

O Supremo Tribunal Federal é a instância máxima do Judiciário brasileiro, com ampla influência jurisprudencial e com a competência de proferir a última palavra em matéria de Direito (referência). Os argumentos preponderantes de cada decisão, portanto, além de dar a solução jurídica final para cada caso⁶, possui um grande impacto na forma de decidir das demais cortes. Tratam-se, portanto, de decisões de amplitude e relevância no âmbito jurídico. Ademais, por tratar-se de instância superior, não há apreciação de provas (referências), o que significa que não se pode produzir, ou mesmo discutir sobre a validade das provas no processo, devendo haver o foco exclusivo na controvérsia

⁵ Tradução livre de: “There is in reality a shadow, unperceived by most of the serious critics but known to social workers and mental institutions. It is that of the real Lolitas who exist in the darkness throughout their lives.”

⁶ Cabendo recurso do *habeas corpus*, ele será feito perante o próprio STF.

jurídica. Isso significa que, de todas as provas produzidas na fase de inquérito e judicialmente, da infinidade de informações coletadas para instruir o processo, só figuram nos autos do *habeas corpus* aquelas consideradas como relevantes para a discussão jurídica do caso. Isso dá a oportunidade de analisar também quais os detalhes considerados relevantes pelos Ministros e Ministras para o tratamento jurídico do estupro de vulnerável – quais são os dados essenciais e aptos a formar o convencimento de cada juiz ou juíza. As eloquências, e ainda mais, os silêncios a respeito de determinados aspectos da situação controvertida, da qualificação dos atores no processo e necessidade de detalhamento da situação também são fatores relevantes para a análise da articulação dos argumentos.

Por fim, por uma questão de ordem prática, todos os processos que versam sobre crimes contra a dignidade sexual correm em segredo de justiça, nos termos do art. 234-B do Código Penal (Brasil, 1940). Já os *habeas corpus* no STF, por não conterem a instrução processual e o detalhamento das provas produzidas no processo, são de livre acesso, permitindo que uma análise dos argumentos dos juízes seja feita sem que seja necessária a violação da intimidade das vítimas⁷, o que justifica sua publicidade e a possibilidade de acesso desimpedido.

Para a obtenção dos dados, foi pesquisada no *site* do Supremo Tribunal Federal⁸ toda a jurisprudência que contivesse a palavra-chave “estupro”⁹. A partir da primeira filtragem da ferramenta de buscas, foram selecionados manualmente todos os processos de *habeas corpus* que, na ementa, fizessem menção ao consentimento da vítima. Por fim, dentre os processos selecionados, foram analisados todos aqueles em que o consentimento da vítima fosse objeto de análise nos votos dos juízes (pois alguns casos tratavam apenas de questões processuais, sem nenhuma menção à controvérsia a respeito do consentimento).

⁷ A princípio, era de se esperar que os processos se referissem às partes – ou, no mínimo, às vítimas – apenas através das iniciais, para preservar a sua identidade. Ao longo dos votos dos Ministros, entretanto, essa prática não era consistente: enquanto algumas manifestações prescindiam completamente de mencionar o nome de qualquer uma das partes, outras pessoas o faziam através das iniciais, enquanto, em alguns casos, o nome completo da vítima chegou a ser mencionado. Esse dado é bastante preocupante em termos de proteção da intimidade da vítima, uma vez que esses acórdãos podem ser acessados pelo público pela internet, e as vítimas de alguns desses processos podem ser identificadas.

⁸ www.stf.jus.br

⁹ Embora o conceito atual de estupro englobe também a categoria de “atentado ao pudor”, o presente trabalho ocupa-se tão-somente dos casos de estupro. Ao procurar “atentado violento ao pudor” na página do STF, a maior parte dos resultados que chegam ao STF são praticados em conjunto com o crime de estupro.

Ao final, foi possível observar que, desde 1996, há 17 *habeas corpus* versando sobre estupro com violência presumida, em que o argumento do consentimento da vítima foi analisado pelos Ministros.

Embora as lolitas brasileiras venham de diferentes Estados da federação e apresentem histórias diversas, situações variadas, que em muito podem diferir da Lolita literária, literatura e Direito se aproximam na pouca chance que as vítimas têm de se expressar, da pouca possibilidade de que suas vozes sejam efetivamente ouvidas em todo o processo a qual são submetidas¹⁰. Porém, enquanto Lolita não pode ser ouvida porque a estrutura da narrativa literária que a criou é inteira contada pelos olhos de outra pessoa, a falta de agência das vítimas ocorre por causa da própria estrutura do processo penal por uma série de entraves que será explorada a seguir. A primeira, e mais óbvia delas, é o fato de todas as vítimas serem crianças¹¹.

1.3 Lolita como criança

“Tinha o máximo respeito pelas crianças normais, com a sua pureza e a sua vulnerabilidade, e em circunstância alguma interferiria com a inocência de uma criança, se houvesse o mínimo risco de complicações. Mas, oh!, como o seu coração batia quando, entre a inocente multidão, descobria uma criança-demônio, enfant charmant et fourbe, olhos sombrios,

¹⁰ O Código de Processo Penal (CPP) (1941), quando fala da criança na qualidade de vítima, indica a necessidade de haver um representante legal para defender os interesses da criança em juízo, nos arts. 24 e 33. Ou seja, mesmo para os maiores de 14 anos, há a necessidade de um representante legal para o exercício do direito de ação. Já quando se fala de crianças na qualidade de testemunhas, embora o art. 202 enuncie que qualquer pessoa pode ser vítima, o art. 208 exclui a possibilidade de alguém menor de 14 anos prestar compromisso. Portanto, considera-se que seus depoimentos devem ser tratados com reserva. Nucci (2008, p. 444) considera que há uma expectativa de que as falas de crianças sejam fantasiosas, e facilmente sugestionáveis por pessoas adultas. Já Morgado (2012, p.104), ao falar sobre relatos de abusos sexuais, pondera que há um estereótipo de criança mitômana, que estaria disposta a inventar abusos, mas que ele não se verifica frequentemente na realidade, na qual a criança tem um grande receio de falar sobre o assunto. A forma como a criança é ouvida em juízo também é objeto de discussão atual. O CPP, elaborado nos anos 40, sequer aventa a ideia de um procedimento especial para a oitiva de testemunhos de crianças. O CNJ, em 2010, editou a recomendação n. 33, na qual recomenda que todas as varas equipem-se de serviços especializados para a escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas em processos. Segundo a recomendação, as crianças seriam ouvidas somente uma vez, com o seu depoimento gravado para o uso em fases posteriores do processo, com a intermediação de profissionais treinados para lidar com as suas especificidades. Não há, entretanto, uma obrigatoriedade desse serviço – até mesmo no processo do novo Código de Processo Penal é facultado ao juiz a utilização da forma especial de tomada de depoimento no seu art. 193 (BRASIL, 2010).

*lábios brilhantes, dez anos de cadeia só por
ser apanhado a olhar para ela.”*

Vladimir Nabokov - Lolita

Uma das características mais elementares que marcam tanto a Lolita literária quanto as lolitas objetos dos processos do presente trabalho é o fato de suas idades – todas abaixo de 14 anos – as marcam como crianças ou adolescentes, sejam por padrões nacionais ou internacionais¹². Embora os limites e o significado da infância tenham sido fluidos ao longo da história (como Humbert faz questão de lembrar ao leitor, citando inúmeros exemplos literários), é a interpretação atual do significado de infância que faz com que situações sexuais com crianças sejam vistas como inapropriadas, ensejando os argumentos de defesa nos processos de que, de alguma forma, a situação presente deles guarde alguma diferença com a narrativa hegemônica. O que torna a situação moralmente chocante é justamente o fato de o universo infantil ser culturalmente carregado de inocência, que é entendida como o oposto do conhecimento sexual (WOODHEAD; MONTGOMERY, 2007, p. 137).

Crianças são uma parte constante e inescapável da sociedade humana, uma vez que são um estágio da vida pelo qual todas as pessoas passam. O ser humano vem ao mundo com características e capacidades que variam de acordo com o tempo, passando, ao longo da vida, por uma miríade de mudanças físicas e psicológicas. Embora essas mudanças apenas cheguem ao fim com a morte, é convencional considerar que se adquire uma completude física e mental após alguns anos – a chamada fase adulta. Todos os estágios anteriores a essa fase caracterizam o ser humano como criança, e as mudanças biológicas e psicológicas ocorridas nessa fase são tidas como uma base para a construção de distinções sociais entre crianças e adultos (JENKS, 2005, p. 6). A abstração que visa reunir e identificar todas as características das crianças é o conceito de infância (WYNESS, 2006, p. 8). Trata-se de um fenômeno cultural que constrói um discurso normativo a respeito dos corpos e mentes das crianças em concreto, uma ferramenta de exercício de saber-poder que penetra o corpo para produzir conhecimento e o exercício de controle (FOUCAULT, 2009a, p. 146).

¹² A Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e ratificada pelo Brasil em 1990, define como criança todo ser humano menor de 18 anos, enquanto a Lei 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) define como criança o ser humano até 12 anos, e como adolescente o indivíduo que tem entre 12 e 18 anos.

Pode-se definir discurso como “o conjunto autônomo de ideias interconectadas, ligadas a uma ideologia ou visão de mundo” (WOODHEAD; MONTGOMERY, 2007, p. 24), sendo um produto específico de alguma configuração política e social. Ou seja, o discurso normativo significa que a ideia de infância reúne uma série de características – mesmo que contraditórias entre si – que constituem o sujeito da criança, baseando-se em suposições socialmente aceitas do processo físico do desenvolvimento humano para prescrever regras sociais para a definição do que vem a ser uma criança.

A presença constante de crianças na sociedade faz com que a infância seja também uma força naturalizante, situando os discursos sobre a infância nos ramos do conhecimento mais pertinente à natureza do que à cultura (WYNESS, 2006, p. 7). Não há, inicialmente, um reconhecimento da criança como um sujeito social, pois ela só faz a transição para o domínio da cultura gradualmente, à medida que passa pelos estágios de desenvolvimento físico e mental apregoados pelo discurso do crescimento linear. Essa passagem do animal irracional para um ser humano cultural completo coloca a criança em uma posição ontológica de devir, como um ser de incompletude e inocência (JENKS, 2005, p. 8). Essa assertiva também gera reflexos na posição social do adulto, pois fica implícito que, do outro lado do processo, encontra-se um adulto completo e plenamente racional como objetivo a ser alcançado pelo processo de crescimento. Neste cenário, a criança como ser da natureza é um sujeito passivo do processo de socialização, e por isso tem o seu tratamento orientado para a reprodução de práticas sociais e manutenção do *status quo* da sociedade, uma vez que não são apenas destinatárias das normas sociais, mas as futuras reprodutoras dessas mesmas normas sociais para a próxima geração (JENKS, 2005, p. 4).

A conceituação de infância, portanto, é feita inteiramente em oposição à completude da pessoa adulta, e tem como objetivo a transformação gradual da criança em um adulto, pondo fim às diferenças que anteriormente os separavam (JENKS, 2005, p. 6). Os adultos procuram, portanto, compreender e produzir conhecimento sobre as crianças não em seus próprios termos, mas sim de acordo com a visão normativa adulta da sociedade, nos quais as ações e discursos produzidos pelas próprias crianças são constantemente invisibilizadas pelas instituições controladas pelos adultos, até mesmo quando as crianças são a principal preocupação (FASS, 2003 p. 936).

Chris Jenks apresenta dois arquétipos básicos através dos quais a sociedade ocidental moderna (o que inclui o Brasil) entende a infância. Elas representam

diferentes formas de exercer poder sobre as crianças e, embora sejam diferentes e pareçam contraditórias, podem coexistir em uma mesma sociedade, ao mesmo tempo. (JENKS, 2005, p 64, 70). Utilizando-se do conceito dual de Nietzsche para descrever a natureza humana, Jenks propõe os modelos *dionisíaco* e *apolíneo*¹³ como um conjunto de características e valores atribuídos à natureza de crianças, que demandam diversas formas de controles para transformá-las, com o tempo, em adultos.

O modelo dionisíaco de infância interpreta a suposição do estado de natureza da criança como algo inerentemente mau e não civilizado, cabendo às autoridades adultas a transformação em um ser moral e social, utilizando-se de todos os meios possíveis – em especial a punição física, para expurgar as tendências malignas daquele corpo (JENKS, 2005, p. 63). As inspirações ideológicas para tal posicionamento advém tanto do Cristianismo, com a sua ideia do pecado original que torna o ser humano impuro desde sua origem, assim como a visão negativa de natureza humana teorizada por Thomas Hobbes, de um ser humano sanguinário que só é obrigado a se tornar bom através da vida em sociedade (WOODHEAD; MONTGOMERY, 2007, p. 63). Tal qual Dionísio, o deus grego do vinho, a criança é dominada pelo hedonismo e busca primariamente o prazer e a autogratificação, e carrega em si o Mal potencial que, se não for devidamente modificado, ameaça não só o bem-estar moral da criança, mas a continuidade de toda a sociedade. O processo de educação, nesses termos, é descrito como uma verdadeira batalha que o adulto trava contra a criança, para quebrar sua teimosia e suas objeções para o seu próprio bem (JENKS, 2005, p. 71). Situa-se historicamente a prevalência do modelo dionisíaco na Europa Cristã pré-moderna, se estendendo até o século XIX, mas não se pode afirmar que o modelo esteja esgotado ou não seja mais utilizado. Jenks aponta para as assertivas de Freud a respeito da natureza humana e dos desejos da primeira infância como uma teoria que reforça, de certa forma, as suposições dionisíacas sobre a infância – teoria esta que tem suas influências na sociedade ocidental até o dia de hoje, sendo uma das frentes em que o modelo dionisíaco ainda prevalece até os dias atuais.

¹³ Em seu livro *A Origem da Tragédia*, Nietzsche (2006) identifica, na origem do pensamento trágico, a oposição entre duas concepções artísticas, relativas a dois deuses da mitologia grega: Apolo e Dionísio. Ambos filhos de Zeus, apresentam características radicalmente diferentes. Enquanto Apolo faz referência ao apelo da racionalidade da individualidade, dos limites e da perfeição, Dionísio evocaria o caos, a indistinção através da comunhão com uma natureza mais primitiva (p. 34-40). Além de representações de formas de compreensão da arte, o Apolíneo e o Dionisíaco seriam, de acordo com o autor, representações das próprias forças ontológicas que formam o mundo (NIETZSCHE, 2006, p. 41).

Porém, a partir do século XIX, uma nova visão sobre a infância, mais romantizada, começou a prevalecer nos discursos a respeito de infância (WOODHEAD; MONTGOMERY, 2007, p. 65). Em aparente contradição com a primeira e brutal visão de infância, o modelo apolíneo evidencia aspectos mais desejáveis e positivos das crianças. Elas são vistas como inocentes, angelicais, especiais e únicas, que devem ser apreciadas e protegidas (JENKS, 2005, p. 64-65). Uma das facetas práticas dessa nova forma de ver a criança é o trabalho ideológico por trás da condenação moral do trabalho infantil. De acordo com Vivian Zelizer, a importância da criança passou a ser medida em termos emocionais, mais do que em termos econômicos, a partir da ideia de que a infância é preciosa e vulnerável, a ser estimada e protegida. A inocência da criança apela diretamente à sentimentalidade do adulto em manter pelo máximo do tempo possível algo tão puro – inclusive puro demais para o resto da sociedade – o que levaria ao valor emocional da criança traz, e a alegria da família ao criá-la a superar qualquer valor econômico que ela poderia trazer (FASS, 2003, p. 966).

A visão apolínea tem, no entanto, muito em comum com a anterior: aqui a criança também é considerada como um ser que se situa fora da sociedade civilizada, mas não por ter uma monstruosidade selvagem, mas sim por ser pura e inocente demais para o mundo adulto, racional, mas também corrompido dessa inocência original. O tipo de poder que se exerce sobre essa criança é revestido de maior sutilidade que os castigos físicos que eram reservados à criança dionisiaca. O novo foco dos adultos em relação às crianças leva ao monitoramento da mente e corpo para preservar e manter a inocência ao máximo, reservando a elas um mundo em separado (JENKS, 2005, p. 68). Esse controle, feito através do discurso de proteção, é mais profundo e internalizado, mas sua afirmação constante vem com um custo alto.

Afinal, se as crianças são protegidas porque são portadoras naturais de uma inocência, ingenuidade e, conseqüentemente, assexualidade (que será o ponto mais explorado do presente trabalho), a imposição desses valores cria a ideia de que a ausência de qualquer uma das características – mesmo em uma criança de carne e osso – cria figuras desviantes da norma, exclui seu portador da categoria de criança.

Como Brito observa, baseada nas assertivas de Foucault, a afirmação dessas normas cria a figura da pessoa desviante. Em um sistema em que a materialização da norma não é completa, criando instabilidade, a norma deve ser defendida contra tudo aquilo que a escapa e excede. Nesse processo, o ser marginalizado é concomitantemente

criado e excluído da sociedade (BRITO, 2007, p. 62). Ao ligar a necessidade de cuidado e proteção a um conjunto de características que constituem o ideal de infância, o discurso apolíneo causa uma abertura para um campo de classificação e regimes de verdade sobre os corpos das crianças concretas, que exclui crianças desviantes não só desses valores, mas de seu próprio *status* de crianças. Ademais, o ideal de infância pautado na inocência e vulnerabilidade também projeta a imagem de um ser indefeso, de vulnerabilidade permanente que não é necessariamente causada por circunstâncias adversas, mas deriva da própria essência da criança, que é, então, sempre incapaz de agir por si própria. Essa falta de agência é uma característica compartilhada com a visão dionisíaca, uma vez que a incompletude e falta de humanidade e racionalidade plenas são características divididas pelos dois modelos.

1.4 Lolita como sujeito de Direito

A articulação dessas duas visões hegemônicas a respeito da infância podem ser especialmente problemáticas quando empregadas dentro do discurso do Direito, que é um instrumento poderoso de coerção que não só distribui direitos e obrigações abstratas, mas que interfere ativamente na vida de seres humanos através de decisões judiciais (BRITO, 2007). Jenks afirma que “O *status* de infância tem suas fronteiras mantidas através da cristalização de convenções e discursos em formas institucionais duradouras tais quais famílias, creches, escolas e clínicas, todas instituições especificamente pensadas e estabelecidas para processar a criança como uma entidade uniforme” (JENKS, 2005). O Direito, embora não tenha sido especificamente configurado para lidar com a infância, atua como um instrumento social de regulação e estabilização de expectativas sociais (LUHMANN, 1989, p. 464), acaba traduzindo estigmas sociais para sua própria linguagem, para tentar emoldurar os problemas de tal forma que a resolução através de uma sentença seja possível. A aplicação do Direito exige que as complexidades da realidade sejam reduzidas a uma proporção administrável através da imposição de conceitos fixos (JAMES; JAMES, 2004, p. 80), o que gera a abertura para que julgamentos morais possam ser feitos na acomodação desses conceitos no sistema jurídico. Ou seja, o Direito cria e reinterpreta discursos hegemônicos acerca da infância, seja no processo político de elaboração da legislação, quanto em sua interpretação através de decisões judiciais, atuando, de certa forma, como um reflexo da forma como a sociedade percebe as crianças.

Esse dilema entre a estabilidade conceitual que o Direito demanda e a complexidade dos sujeitos que se observa na realidade torna-se bastante clara das formas arbitrárias, mas bem delimitadas pelas quais o Direito Penal trata a idade abaixo da qual não se considera haver consentimento sexual. Ao criminalizar qualquer relação sexual com menores de 14 anos, o Código Penal coloca um critério visível e aparentemente claro do que é necessário para tipificar um crime mas, ao fazê-lo, desconsidera uma série de fatores que seriam cruciais para determinar se uma criança é capaz de consentir sexualmente em uma situação concreta. A capacidade que essa precisão conceitual artificial tem de lidar adequadamente com situações concretas é constantemente questionada. É precisamente esses questionamentos que são explorados no presente trabalho.

Assim como as narrativas sociais a respeito da infância variaram ao longo do tempo, o tratamento jurídico dado às crianças também assumiu diversas formas ao longo da história. Partindo de uma submissão total ao poder de vida e morte do *paterfamilias* (COULANGES, 2003), as culturas Ocidentais seguiam a tendência, mais ou menos acentuada, de deixar as crianças (assim como as mulheres) adstritas ao âmbito privado, submissas ao controle do chefe da família. Esse primeiro modelo de abordagem jurídica da infância é chamado por Tobin de “modelo de propriedade” e, embora tenha havido tentativas de superá-lo nos dois modelos que seguem, ainda é possível observar muitos reflexos desta forma de interpretar a situação jurídica de crianças. A defesa do direito dos pais de aplicarem castigos corporais em suas crianças (sendo que, se fosse dado o mesmo tratamento a qualquer outro ser humano, o mesmo ato poderia ser considerado como uma lesão corporal) é um reflexo contemporâneo da visão proprietária (TOBIN, 2012, p. 56).

Foi apenas com o surgimento de uma nova e mais abrangente forma de organização do poder – a consolidação do Estado-Nação, no século XIX – que o poder absoluto dos pais sobre a criança começou a ser relativizado. Cria-se o primeiro regime jurídico especial para as crianças, o que incluía a vedação do trabalho, o dever de educação, a irresponsabilidade penal, a proteção contra o abuso sexual e maus tratos, mesmo que fossem pelas mãos dos próprios pais (THERBORN, 1996, pp. 29-30).

Juntamente com entidades de caridade e profissionais da medicina, o âmbito jurídico penal foi um dos primeiros setores a sistematizar a proteção da infância como um tópico digno de atenção pública (THERBORN, 1996, p. 32). Desde o começo do século XX, os fenômenos da delinquência juvenil e a ideia de crianças em perigos

morais ou legais eram analisadas por profissionais ligadas ao Direito Penal. Os ditos ‘perigos’ eram justamente a prática de atos que eram reservados aos adultos, que ameaçavam tirar-lhes a infância pela não conformidade com os ideais apolíneos (FLEGEL, 2009, 963-964).

Essa nova abordagem, chamada de “modelo do bem-estar” (TOBIN, 2012, p. 58), é aplicada até os dias de hoje. Motivada pelo fato que o modelo proprietário era incapaz de garantir a segurança e desenvolvimento pleno das crianças, mesmo, às vezes, sob a guarda dos pais, necessita da intervenção dos diversos âmbitos do Estado – inclusive o Judiciário – para assegurar a proteção da criança. Ela apoia-se na ideia de que as crianças são frágeis e vulneráveis, incapazes de se proteger contra o perigo ou tomar decisões no seu melhor interesse, o que faz com que caiba aos pais – e, se estes falharem, ao Estado – ter a titularidade do melhor interesse da criança, tomando as decisões por ela e garantindo seu desenvolvimento saudável, até que ela possa tomar as rédeas da própria vida, quando adulta.

Se comparado à situação anterior, o modelo de bem-estar parece ser uma verdadeira aquisição evolutiva em termos de condição da criança: de mero objeto à disposição dos pais, ela passa a contar com garantias de direitos e de bem-estar, sendo que o seu melhor interesse passa a ser uma preocupação necessária quando decisões sobre a sua vida são tomadas. Ainda sim há um lado sombrio do modelo: sob a justificativa de vulnerabilidade, a vontade da criança pode ser completamente ignorada, pois não é ela quem detém o poder de tomar as decisões sobre a composição do seu melhor interesse (TOBIN, 2012, pp. 58-59). Ela não controla os significados que estão sendo produzidos sobre ela, pois a própria justificativa ideológica de sua proteção é justamente o fato de ela não poder ter voz para proteger os seus próprios interesses.

Enquanto o modelo de bem-estar via a criança como destinatária de várias proteções especiais, a ideia da criança como um sujeito de direito é uma ideia muito mais recente, e é a característica mais marcante do terceiro modelo, o “baseado em direitos”. Com a segunda onda do feminismo, desenvolvida nos EUA a partir dos anos 60, questionamentos a respeito da naturalização e invisibilização da esfera privada foram levantadas. Em contraposição à visão da família como uma unidade harmônica com uma divisão naturalizada de papéis, as autoras da segunda onda começam a evidenciar as estruturas de poder e opressão que um membro da família pode operar sobre o outro (ZIN, 2000, p. 45). A intenção era de dar maior visibilidade ao papel da mulher dentro da família, mediante a desconstrução da unidade familiar e individualização de seus membros. Como consequência, o papel que a criança

desempenha dentro da família foi tornado mais visível, dando margem a questionamentos sobre as formas como elas, mesmo que protegidas por um regime legal, são invisibilizadas (WYNESS, 2006, pp. 36-37).

Enquanto isso, o fortalecimento da agenda internacional de Direitos Humanos também contribuiu para a construção do novo paradigma, ao estender as preocupações em relação às crianças – que anteriormente dirigiam-se apenas àquelas cujos pais tinham falhado em prover as garantias impostas pelo Estado – para *todas* as crianças (THERBORN, 1996, p. 33), começando a delinear a ideia de que as crianças também podem ser cidadãs – a radical ideia, enfim, de que crianças também são seres humanos que devem ser respeitadas como tal. Para além da proteção contra abuso, começa-se a pensar em liberdade de expressão, liberdade religiosa, participação política e outros direitos considerados tão básicos para adultos, mas até então impensáveis para pessoas com menor idade.

É em uma tentativa de concretizar essa terceira versão que a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1989 (CRC), e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que passou a vigor no ano seguinte, colocam a criança como um indivíduo que é sujeito de direito. Eles se utilizam do conceito de que crianças são uma parte da humanidade que tem um valor intrínseco como seres humanos, independente de considerações cronológicas e geracionais. Mesmo assim, a ideia anterior de proteção não é completamente abandonada, na medida em que eles separam a criança dos demais sujeitos por considerarem que ela demanda uma proteção maior e especial (JAMES; JAMES, 2004, pp. 82, 84). Um dos princípios básicos dos dois documentos é a necessidade de se levar em consideração o melhor interesse da criança em todas as decisões que a afetem. Isso coloca o bem-estar e os direitos da criança como uma questão central, mas a forma como esse melhor interesse é assegurado não fica clara (ZERMATTEN, 2010, 484). Ela tem a função de limitar as arbitrariedades do Estado e parentes adultos na determinação das ações que dizem respeito à criança, mas a questão de quem é o sujeito autorizado a dar a última palavra a respeito do melhor interesse da criança ainda é ambíguo. A voz da criança não é completamente descartada – pelo contrário, procura-se incorporar as opiniões da criança – mas a proteção dos direitos da criança não significa dar a ela um tratamento exatamente igual ao de adulto. Há uma corrente de pensamento – a chamada “liberacionista” – que apregoa que as crianças devem ter, formalmente, o mesmo espaço e consideração pelo seu discurso do que adultos (ROCHE, 1999, p. 487). Uma igualdade formal irrestrita, entretanto, pode acabar sendo nociva para o interesse de

crianças, uma vez que todo o sistema jurídico foi construído por e para adultos. Nas palavras de (COHEN, 2005, p.244):

A corrente dos liberacionistas veem a dominação política e civil de crianças por adultos, seja pelos pais ou pelo Estado, como um dos muitos exemplos de dominação ilegítima perpetuada pelos regimes democráticos contemporâneos. De fato, os argumentos liberacionistas tendem a desafiar toda a estrutura de autoridade associada à infância, rejeitando como um todo um regime que é falho, mas ainda é importante. Ao tentar tornar as crianças cidadãs plenas, essas pessoas libertárias tendem a ignorar as características que tornam as crianças diferentes (em comparação com os demais cidadãos e cidadãs). Ao fazer isso, eles também ignoram as formas nas quais as crianças precisariam de um *status* político diferenciado. Como Ian Shapiro observa, as visões de proponentes desse viés “anarco-libertário” não estão preocupados primariamente (talvez nem um pouco preocupados) com a criação de crianças que possam sobreviver e se desenvolver em uma democracia (Shapiro, 1999, p.77). Liberacionistas literalmente jogam o bebê fora com a água suja.

A necessidade de reconhecer as crianças como cidadãs e seres humanos no mundo jurídico também passa pela admissão de que se trata de um sistema que está longe de ser neutro e receptível a todos os tipos de sujeito, quem dirá às particularidades de cada etapa de desenvolvimento do ser humano que caracterizam a infância. Sem a possibilidade de integrar as crianças completamente como agentes do sistema jurídico, o que resta é um equilíbrio conflituoso entre proteção e autonomia, uma dinâmica que se altera de acordo com a situação e a idade da criança.

Atualmente, no Brasil, há diversos atos normativos, espalhados por códigos e áreas do direito, que regulam juridicamente a vida de crianças. A começar pela Constituição Federal (CF 88), que enuncia em seu *caput*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

A existência de um artigo específico para tratar dos membros mais jovens da sociedade brasileira evidencia a existência de um regime jurídico diverso, em que há uma proteção especial, mais intensa que aquela conferida aos demais cidadãos e cidadãs – o que fica claro com a presença das expressões *absoluta prioridade* antes da enumeração de direitos que já constam na Constituição para todas as pessoas.

Ela já enuncia as bases do tratamento jurídico da infância no Brasil: o princípio da proteção integral e da absoluta prioridade, que significam, em poucas palavras, que crianças e adolescentes demandam um dever de todos os setores da sociedade, inclusive

sob pena de responsabilização, e que nenhum dispositivo legal pode ser interpretado de tal forma que deliberadamente prejudique os interesses de crianças e adolescentes (DIGEÁCOMO; DIGEÁCOMO, 2013, p.3). Mais ainda: ao incluir o direito à dignidade, respeito e liberdade, já se pode vislumbrar um afastamento definitivo em relação às antigas ideias da criança como propriedade, já entrando com mais segurança a possibilidade de seu tratamento como um pleno sujeito de direito.

O Estatuto da Criança e do Adolescentes (ECA), considerado como uma efetivação do art. 224 da CF, é considerado um dos documentos legais mais avançados do mundo em termos de proteção da criança e adolescente (DIGEÁCOMO; DIGEÁCOMO, 2013, p. 2), e menciona a criança explicitamente como um sujeito de direito em seu art. 3º:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros, meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990)

O ECA apresenta, portanto, características que o colocam como um esforço no sentido de efetivar o modelo substancial de direitos das crianças, ao colocá-las como sujeitos de direito e incluir todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Entretanto, essa proteção especial convive com a incapacidade jurídica: o Código Civil (2002) considera pessoas até 16 anos como absolutamente incapazes para a realização de atos jurídicos na vida civil (art. 3º, I), com uma incapacidade relativa entre os 16 e 18 (Brasil, 2002).

No tocante ao acesso à Justiça, o art. 141 do ECA assegura o pleno acesso à justiça a crianças e adolescentes, e dispõe que, quando houver interesse distinto de seus pais (que devem representar todos os menores de 16 anos em juízo), elas têm o direito à nomeação de tutor. Além disso, é obrigatória a oitiva da criança e adolescente, nos termos do art. 100, parágrafo único, inciso XII, quando houver a aplicação de medidas protetivas que a envolvam (Brasil, 1990).

A princípio, a legislação especial brasileira procura articular uma proteção especial com a ideia de uma criança cidadã, mas resta saber o nível de permeabilidade que a legislação externa ao ECA – principalmente o Código Penal e o Código de Processo Penal, no presente caso – a esse paradigma legal de tratamento dispensado às crianças, uma vez que foram elaborados muito antes do ECA – e mesmo antes da Constituição Federal.

Nos termos do presente trabalho – que seja, a capacidade de consentimento sexual de uma criança de menos de 14 anos – dois discursos contraditórios emergem mesmo dentro da perspectiva de direitos da criança. O primeiro, mais tradicional e dominante na esfera jurídica, é o modelo de bem-estar (TOBIN, 2012, pp. 58-59) que procura proteger as crianças ao perceber sua imaturidade e vulnerabilidade. Essa imaturidade social se traduz juridicamente como irresponsabilidade e incapacidade, levando a formação de seu melhor interesse para os pais ou o Estado, agentes adultos que terão a última palavra em definir o melhor interesse da criança. Já o modelo de direitos substantivos apregoa pela inclusão da voz da criança como um fator determinante na construção de seu melhor interesse – embora seja matizada pelo fator de idade e maturidade para determinar o grau de importância dado à sua própria voz.

A possibilidade de efetivamente escutar a voz de crianças quando se trata de suas próprias opiniões e vontades em matéria de direitos está baseada, pragmaticamente falando, na adaptação das estruturas centradas em adultos para melhor perceber os discursos criados por crianças, assim como na vontade política de ceder o controle e o poder sobre as crianças, tanto por parte dos pais quanto do Estado (ROCHE, 1999, p.487-488).

Para além de questões circunstanciais de cada caso particular, na base da controvérsia a respeito da possibilidade de consentimento sexual de uma pessoa menor de 14 anos está, exatamente, no peso que se dá ao discurso da vítima dentro da situação em que se encontra. Dentro do modelo de bem-estar, a configuração atual da lei, de desconsideração da vontade de uma pessoa de 14 anos em relação a sua sexualidade, faz todo o sentido. O consentimento é irrelevante nesse caso porque a criança é considerada como não tendo agência o suficiente para formar um consentimento informado e livre de coações.

Agora, se a pretensão é a de adoção de um modelo substantivo de direitos, não é só a lei de estupro de vulnerável que acaba sendo questionada, mas todo um sistema jurídico que se ocupa do julgamento de crimes sexuais. Uma vez que as crianças não podem ser parte no processo sem a representação dos pais ou responsáveis (Brasil, 2002), isso significa que o processo pode ser iniciado contra a vontade expressa da criança. A narrativa da criança é ouvida apenas como informante (pois não pode sequer ser testemunha dentro do processo penal), e, nos casos em questão, tem o seu testemunho utilizado como prova na defesa, não tendo mais nenhum papel relevante nos procedimentos que tem como objetivo proteger os seus interesses. Como se pode falar no melhor interesse da criança nesse cenário?

É importante notar que tratar a criança como um adulto também não é uma solução ideal para a situação, uma vez que, como apontado anteriormente, colocá-las em igualdade formal com os adultos quando não há uma igualdade material – seja de informação, capacidade de navegar o sistema jurídico ou mesmo condições econômicas – pode ter um efeito negativo na efetivação de seus direitos e seus interesses. Isso se dá, primeiramente, pelo fato do sistema jurídico não ter sido feito por e para crianças – afinal, trata-se de um grupo excluído da política em geral, e com restrições etárias ainda maiores para poderem se candidatar no Legislativo (COHEN, 2009, p. 222). As próprias construções idealizadas da infância na sociedade ocidental colocam as crianças em um universo afastado da esfera política e do exercício de cidadania – o que inclui também o conhecimento a respeito do sistema jurídico. Ademais, a vedação do trabalho infantil e a pouca qualificação que crianças têm levam a uma situação de dependência econômica em relação às pessoas responsáveis adultas – o que dificulta ainda mais o acesso à Justiça.

Somando-se todos estes fatores e muitos mais, é possível começar a vislumbrar as dificuldades que crianças teriam se a elas fossem tratadas da mesma forma que adultos nos processos de estupro – e isso sem mencionar a principal diferença que motiva a proteção especial da infância: a falta de maturidade que levaria a uma maior dificuldade – ou, dependendo do entendimento, impossibilidade – de consentir a manter relações sexuais.

Mesmo se for possível criar um modelo de resolução substantivo de assegurar direitos das crianças, é importante entender que estamos falando da consubstanciação desses direitos dentro do processo penal, o que traz consigo toda uma problemática relação com os crimes sexuais, e com a figura da mulher dentro do processo penal.

Antes de entrar no assunto da autonomia, para uma maior apreciação da possibilidade de consentimento sexual de meninas menores de 14 anos, não basta evidenciar as dificuldades apresentadas pelo fato de elas serem crianças: também faz-se necessário um recorte de gênero. Afinal, em todos os 17 processos, as vítimas são mulheres, e a moral sexual desempenha um importante papel na caracterização da situação através dos argumentos dos juízes.

2 LOLITA VAI À CORTE: CONSTRUÇÕES DA SEXUALIDADE DA MULHER NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL.

“- Seu tarado! - ralhou-me, sorrindo docemente. – Sua criatura revoltante! Eu era uma menina pura como uma margarida, e olha o que você me fez! Devia chamar a polícia e dizer que você me estuprou. Oh, seu velho imundo!”

Vladimir Nabokov - Lolita

Após o exercício de desnaturalização da infância para desvendar as construções sociais por trás das ideias de inocência e pureza vistas como algo dito ‘natural’ para crianças, agora é o momento de voltar a atenção para a desnaturalização de outro aspecto de Lolita: mais do que uma criança sexualizada, ela é uma mulher. A aparentemente desviante junção entre infância e sexualidade que compõe o romance é matizada pelas representações de gênero, pelo fato da sexualidade não marcar apenas a distinção entre criança e pessoa adulta, mas, especificamente, da distinção entre menina e mulher.

O movimento feminista - que também foi catalizador do movimento de desnaturalização do papel da criança no interior do núcleo familiar – utiliza-se do conceito de *gênero* como uma forma de rejeitar o determinismo biológico e a binaridade da tradicional diferença entre homens e mulheres (LOURO, 2010, p.21). Essa ferramenta tanto analítica quanto política propõe-se a afirmar que o que se atribui a mulheres, homens (e crianças) como características advindas de uma ordem natural das coisas, em verdade, são construções sociais, determinadas histórica e socialmente. De acordo com Joan Scott,

O núcleo essencial da definição [de gênero] baseia-se na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder. As mudanças na organização das relações sociais correspondem sempre à mudança nas representações de poder, mas a direção da mudança não segue necessariamente um sentido único (SCOTT, 1989, p. 21)

Desta forma, superando análises baseadas em naturalizações de diferenças entre os sexos, as análises de gênero focam na divisão social entre características normativas

ditas masculinas ou femininas, na qual haveria uma associação do feminino com o corpo da mulher e a desvalorização histórica e generalizada daquelas características associados ao feminino.

Já Judith Butler, através de uma análise genealógica da própria categoria de gênero, vai ainda mais longe ao afirmar que a própria noção de sexo seria um construto social, e gênero não poderia ser encarado como uma categoria fixa, e sim fluida e relacional:

“A crítica genealógica recusa-se a buscar as origens do gênero, a verdade íntima do desejo feminino, uma identidade sexual genuína ou autêntica que a repressão impede de ver; em vez disso, ela investiga as apostas políticas, designando como *origem* e *causa* categorias de identidade que, na verdade, são efeitos de instituições, práticas e discursos cujos pontos de origem são múltiplos e difusos.” (BUTLER, 2010 p.9)

De qualquer forma, essas construções sociais que articulam sexo biológico e performance de gênero organizam os corpos em papéis sociais associados ao masculino e ao feminino, padrões arbitrários e normativos construídos pelas diversas instituições, separando, controlando e classificando seus membros em regimes de verdade e poder (FOUCAULT, 2011).

A sexualidade é uma parte importante da construção dos papéis de gênero, embora os dois termos não sejam intercambiáveis – enquanto a sexualidade diz respeito à fruição dos prazeres corporais e fantasias, enquanto as identidades de gênero englobam também muitos outros fatores (LOURO, 2010, p.26). Foucault entende que a sexualidade surgiu a partir do século XVII, a partir do momento em que atos sexuais e outros contatos corporais relacionados ao prazer começaram a ser estudados e regulados, considerados como uma área de estudo importante tanto para a medicina quanto para o Direito – e, em ambas as formas, fortemente matizados pela moral (FOUCAULT, 2011, p. 61-63).

Uma vez que a inocência e a pureza são vistas como marcadores da infância, o exercício da sexualidade é uma das portas de entrada para a vida adulta. Uma vez que a visão apolínea dominante vê nos valores associados à infância elementos a serem protegidos e valorizados, isso significa que as crianças devem ser também protegidas em relação a esse aspecto – ou seja, que tudo o que for entendido como precocidade sexual deve ser algo a ser evitado.

Isso não significa, obviamente, que não haja manifestações de sexualidade infantil, ou tampouco que a própria pureza e inocência infantis não possam ser

erotizadas por adultos (SAVAGE, 2011 p. 102), mas sim que a *agência sexual* por parte da criança é algo socialmente indesejado, a ponto de descaracterizar a infância e, conseqüentemente, despojar a pessoa que exhibe essas características da proteção social que anteriormente gozava.

Essa também é uma estratégia utilizada por Humbert em sua desqualificação do caráter de Lolita: enquanto inicialmente ele planejava molestá-la durante o sono para proteger sua inocência (NABOKOV, 2000, p. 21), com a constatação de que Lolita havia tido uma experiência sexual anterior – ou seja, assumido uma postura de agência sexual, e não de mero objeto da erotização pelos olhos adultos – justificava que ele também pudesse manter relações sexuais com a menina enquanto ela estava acordada.

É importante evidenciar que essa interdição ao exercício considerado precoce da sexualidade, embora seja associado com a infância em geral, recai com muito mais força sobre meninas. Como observa Heilborn (2011) em seus estudos da conduta sexual de jovens no Brasil contemporâneo, ainda há expectativas discrepantes no tocante ao comportamento sexual de homens e mulheres. Enquanto há uma maior naturalização do desejo sexual masculino, considerado como um impulso biológico, algo natural e inevitável, considera-se que mulheres possuem mais controle sobre esse aspecto – e que também têm o dever de exercê-lo. Há, de acordo com Machado (1998, p. 234), o “imaginário da sexualidade feminina como aquela que se esquia para se oferecer, e parece ser a contraparte do imaginário da sexualidade masculina como aquela que tem a iniciativa e que se apodera unilateralmente da virilidade” na sociedade brasileira, que tem fortes tendências a essa naturalização das diferenças de gênero. Ou seja, não só cabe aos homens sempre tomar a iniciativa, mas também a mulher, mesmo quando manifesta o desejo, só pode fazê-lo de forma indireta, aparentemente negando as investidas sexuais, enquanto implicitamente diz sim. É justamente essa característica cultural que torna a infância passível de ser tão erotizada: afinal, a inocência, a pureza e o desconhecimento dos assuntos sexuais não é só uma característica considerada positiva para crianças, mas algo que penetra no ideal do papel sexual das mulheres em geral, na medida em que devem aparentar dizer “não” mesmo quando querem dizer “sim”.

Diante desse cenário – de um desejo sexual masculino naturalizado, enquanto a agência sexual de mulheres (e mais ainda, de crianças) socialmente repreendida, cria-se um ambiente social hostil a meninas que se envolvem sexualmente. Resta saber, desta

forma, em qual medida e como o Direito, como um sistema social, lida com esse cenário.

2.1 De Lolita a Josef K: quando o processo penal encontra a mulher.

“- Mas não sou culpado! Isso é um erro. E depois, como é que um homem pode ser culpado? Somos todos homens aqui, tanto quanto os outros.

- É certo – respondeu o abade – mas assim falam os culpados.”

Franz Kafka – O Processo.

Dentro dos paradigmas de direitos da Criança, levando em conta diferentes interpretações de seu melhor interesse, há duas abordagens possíveis para lidar com as relações mantidas entre adultos e crianças menores de 14 anos que dizem consentir. A primeira, pautada na abordagem de proteção, considera que ela deve ser resguardada e protegida dessa situação, mesmo que ela manifeste opinião no sentido contrário. Desta forma, caberia ao Poder Público tomar medidas que desencorajassem esse tipo de conduta entre as pessoas adultas, identificasse essas situações e tivesse mecanismos de proteção para retirar crianças dessa situação. Já outra abordagem, que considerasse que a criança teria um maior grau de autonomia, focaria os atos do Poder Público no sentido de assegurar o respeito às escolhas da pessoa, seja pela não interferência, ou pela proteção ativa dessa autonomia, do ponto de vista legal.

O Estatuto da Criança e Adolescente não tem nenhuma disposição que disponha sobre uma idade mínima para a existência da autonomia sexual, mas prevê a estruturação de uma rede de proteção contra maus tratos e abusos em geral, nos quais se incluem o abuso sexual (Brasil, 1990, arts. 87, 130). Ele considera ser dever de todas e todos – principalmente autoridades educacionais, médicas e de responsáveis legais – comunicar às autoridades quaisquer maus tratos (art.13º e 245) – o que inclui, por óbvio, indícios de abuso sexual. Entretanto, não fica claro em momento algum, no âmbito do ECA, se considera-se que a criança teria a capacidade de consentir no ato sexual.

Essa definição jurídica fica a cargo do Direito Penal, que atualmente define como estupro de vulnerável todo contato sexual mantido entre um adulto e uma pessoa

menor de 14 anos. Essa configuração, no entanto, só entrou em vigor em 2009, uma data posterior aos fatos que originaram os *habeas corpus* aqui analisados. À época dos casos - ou seja, a partir de 1991, que foi quando se deram os fatos do primeiro *habeas corpus* (BRASIL, 1996a, p. 312), o Código Penal regulava o estupro da seguinte forma (BRASIL, 1940):

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de três a oito anos. (...)

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

- a) não é maior de catorze anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Ou seja, a opção da legislação brasileira à época é adotar uma postura de proibição desse contato sexual: ou seja, mesmo que não haja violência, considera-se que a pouca idade da mulher já é, por si, razão para presumir que houve a violência, para presumir que algo foi feito contra a sua vontade. De acordo com Morgado (2012, p. 74), *os artigos 213, 214 [relativos ao atentado violento ao pudor, que engloba os outros contatos sexuais que não sejam o coito vaginal] e 224 são os que mais tem sido utilizados na busca de resguardar os direitos da infância e da juventude...*

Ou seja, de todo o corpo jurídico que se ocupa das questões concernentes a crianças e adolescentes, é o Código Penal que traz a definição mais imediata do contato sexual de menores de 14 anos com outras pessoas, e que sua judicialização se dá por meio do processo penal. Este, por sua vez, insere-se no chamado sistema de justiça criminal¹⁴, que tem como função oficialmente declarada a proteção de bens jurídicos que interessam a todas as pessoas cidadãs, através de um combate a más condutas, a criminalidade, por meio da imposição de penas (ANDRADE, 2006, p. 8).

No caso específico, significa que, oficialmente, a proteção da criança (que é o bem desejado pela sociedade) se consubstanciaria no sistema penal. O combate o abuso sexual de crianças seria efetuado através da aplicação de uma pena a quem mantivesse relações sexuais com menores de 14 anos. Essa pena combinaria ao mesmo tempo a função de retribuição – ou seja, a mera punição do indivíduo que se comportou de forma considerada errada perante a sociedade – com outras consequências mais gerais na

¹⁴ Nilo Batista (2007, p. 24-25) define o sistema penal (ou sistema de justiça criminal, como também é chamado) como um grupo de instituições que se incumbe de realizar o direito penal. Ele inclui não só o sistema judiciário, que se encarrega da aplicação do Código Penal através do Código de Processo Penal, mas também de todo o aparato policial que promove as investigações na fase do inquérito, até as penitenciárias nas quais a execução da pena é realizada.

sociedade. Existiria também a função de prevenção geral e a da prevenção especial. A primeira seria a intimidação de toda a sociedade diante da perspectiva da pena, que teria o poder de compelir os indivíduos a não adotarem as condutas indesejadas. Já a segunda, que também opera sobre o indivíduo, seria a função reabilitadora da pena. Para garantir a lisura de toda essa operação, o sistema penal conta com toda a estrutura das garantias processuais penais, como a submissão ao juízo, a presunção de inocência do réu, a distribuição da prova e o direito à defesa (FERRAJOLI, 2010, p. 494).

Saber que um pesado sistema de punição e reabilitação, controlado por regras estritas de igualdade e legalidade, está a cargo da proteção das crianças parece uma ideia alentadora. Como evidencia Andrade, sobre o sistema penal:

Estamos perante uma ideologia extremamente sedutora, também para as mulheres, e com um fortíssimo apelo legitimador (da proteção, da evitação, da solução) como se à edição de cada lei penal, sentença, ou cumprimento de pena, fosse mecanicamente sendo cumprido o pacto mudo que opera o traslado da barbárie ao paraíso. Por isto mesmo esta ideologia legitimadora se mantém constante até nossos dias e consubstancia o que Alessandro Baratta denomina o “mito do Direito Penal igualitário”. (ANDRADE, 2006, p.9)

Afinal, como desde os mais tímidos estudos até o imenso trabalho genealógico de Foucault demonstram, a ideia de um sistema penal que efetivamente promova os fins que promete perseguir ainda está no terreno do fantástico e do mitológico. De fato, Foucault enuncia que o próprio projeto do sistema penal centrado na pena de privação de liberdade foi, desde seu início, um projeto fracassado no que diz respeito à contenção ou diminuição da criminalidade (FOUCAULT, 2009b, p.255-257). Seu grande sucesso, de acordo com o autor francês, seria:

Que a prisão é de uma maneira geral, sem dúvida, os castigos, não se destinam a suprimir as infrações; mas antes a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que visam, não tanto tornar dóceis os que estão prontos a transgredir as leis, mas que tendem a organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar os limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles. (FOUCAULT, 2009b, p. 258)

A consequência prática da constatação foucaultiana é que, dentro desse sistema que se justifica socialmente como um mecanismo para coibir condutas indesejadas, o maior resultado é, em verdade, a estigmatização e o controle de alguns *tipos* de sujeitos considerados indesejáveis para a sociedade. O Direito Penal, como parte desse sistema, atua como um instrumento de afirmação de valores sociais hegemônicos, o que inclui a regulação da sexualidade e do corpo da mulher, e administra punições aos seres que

desviam desse ideal. Nos casos envolvendo a sexualidade de mulheres, então, os valores sociais reforçados através da incidência do sistema penal dizem respeito, principalmente, à sua sexualidade. De acordo com Vera Andrade (2006, p. 20), a criminalização sexual segue muito fortemente a lógica da seletividade, pautando a discussão jurídica muito mais na correspondência de autor e vítima em estereótipos do que no crime cometido. O fator específico dos crimes sexuais seria a aplicação de uma lógica específica trazida pela grande desigualdade de gênero vigente na sociedade brasileira: a lógica da *mulher honesta*, que separa as mulheres consideradas adequadas diante do paradigma da moral sexual vigente das mulheres *desonestas*, que não são dignas de proteção legal por não apresentarem uma conduta socialmente aceitável em relação à sua sexualidade. Da mesma forma que a criança, quando apresenta características que desviam do ideal de infância, pode acabar perdendo sua legitimação para a proteção especial, a mulher, ao apresentar um comportamento sexual considerado inadequado, perde seu *status* de mulher honesta, que é a única digna de ser considerada uma “verdadeira vítima” de crimes sexuais.

Desta forma, o julgamento de um crime sexual - inclusive e especialmente o estupro - não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira “reputação sexual” que é - ao lado do status familiar - uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina. (ANDRADE, 2006, p. 21)

Para entender a lógica da mulher honesta, basta lançar um olhar sobre o próprio histórico da condenação do estupro para analisar qual é, exatamente, o bem jurídico que a sociedade tem o objetivo de proteger com a sua tipificação. É importante notar que, historicamente, não se fala apenas da interferência de um código moral implícito ou externo à lei penal, mas sim a disposições explícitas na legislação penal ao longo da história que deixam bem claro que o próprio bem jurídico a ser protegido passou bem longe de ser a proteção do indivíduo que é estupro.

O primeiro código penal brasileiro é o *Código Criminal do Império do Brasil* (BRASIL, 1830), editado alguns anos após a independência do Brasil, e tipifica o crime de estupro no capítulo de crimes contra a segurança da honra. Esse conceito, quando aplicado a mulheres, tem um significado diverso da retidão moral e virtude que se têm como concepção universal (leia-se: masculina) da honra.

Para a mulher, ela está muito mais atrelada à adoção de um comportamento sexual que se restringe à esfera do casamento. E os efeitos da honra – ou falta dela – para uma mulher não se restringe ao seu valor pessoal, mas ao valor de toda a unidade familiar. De acordo com Fávera (2010, p. 85), a honra fundada na conotação sexual era tanto pública quanto privada, pois ela repercutia na honra do homem e de toda a família, sendo um objeto de toda a unidade familiar mantê-la – e uma vergonha para toda a unidade familiar se ela fosse perdida através da exibição de comportamentos sexuais inadequados. Essa honra, assim sendo, tratava-se de um bem pessoal de cada mulher e também uma propriedade de toda a família, sendo algo de interesse público, visando a preservação da moral e dos bons costumes.

Essa noção de honra que produziu a construção da *mulher honesta* para o Direito Penal, que, de acordo com Andrade (2006, 27-28), restringe a mulher ao sexo vaginal que tenha a reprodução como seu fim último:

A sexualidade feminina referida ao coito vaginal diz respeito à reprodução. E a função reprodutora (dentro do casamento) se encontra protegida sob a forma da sexualidade honesta, que é precisamente a sexualidade monogâmica (da mulher comprometida com o casamento, a constituição da família e a reprodução legítima), de modo que protegendo-a, mediante a proteção seletiva da mulher honesta, se protege, latente e diretamente a unidade familiar e, indiretamente, a unidade sucessória (o direito de família e sucessões) que, em última instância, mantém a unidade da própria classe burguesa no capitalismo. (ANDRADE, 2006, 27-28)

Levando em conta essa mentalidade, não surpreende que os artigos sobre estupro pareçam muito mais preocupados em preservar justamente a honra da família do que a integridade física e emocional da mulher – e muito menos de crianças:

Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos. **Penas** - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas.

Art. 220. Se o que commetter o estupro, tiver em seu poder ou guarda a deflorada.

Penas - de desterro para fóra da provincia, em que residir a deflorada, por dous a seis annos, **e de dotar esta.**

Art. 221. Se o estupro fôr commettido por parente da deflorada em grão, que não admitta dispensa para casamento.

Penas - de degredo por dous a seis annos para a provincia mais remota da em que residir a deflorada, e de dotar a esta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

(...)

Art. 224. Seduzir mulher honesta, menor dezasete annos, e ter com ella copula carnal.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a seduzida, por um a tres annos, e _____ de dotar _____ a _____ esta.

Art. 225. Não haverão as penas dos tres artigos antecedentes os réos, que casarem com as offendidas. (BRASIL, 1830) (grifo meu).

É importante notar que o crime que diz respeito à proteção de crianças delimita uma idade muito superior à de hoje em dia – 17 anos – o que não significa, de forma alguma, que houvesse qualquer tipo maior de proteção. Afinal, apenas as meninas virgens são consideradas vítimas do crime de defloração, e o casamento é considerado como uma causa de extinção de punibilidade de praticamente todas as condutas – até mesmo a “cópula carnal por meio de violência” não será punida se for seguida para o casamento.

Outro detalhe importante é o fato do dote ser uma parte da pena. Não se trata de uma compensação financeira para compensar o sofrimento da mulher, mas sim um dinheiro que a torne apta para contrair matrimônio com alguma outra pessoa – ou seja, uma forma de reparação voltada para a proteção do bem jurídico professo: tentar compensar o “valor” da mulher honesta que foi perdido com esse contato sexual indesejado, para que ela possa casar-se e não trazer maiores prejuízos para a sua família. Vê-se claramente que o objetivo da condenação do estupro se encaixava dentro da lógica de que a mulher era uma mercadoria valiosa para o homem e a honra da família, ensejando reparação por esse “valor” perdido. Essa lógica fica ainda mais clara quando se percebe que, se a vítima for uma prostituta (ou seja, o antônimo de mulher honesta), não há a compensação em dinheiro.

O próximo Código Penal, promulgado em 1890, também coloca o estupro como um crime contra a honra, mas sob a alcunha mais completa de *crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e o ultraje público ao pudor*. Há muitas continuidades entre um Código Penal e o outro: o termo de *mulher honesta* ainda aparece, assim como a proteção de menores de idade está condicionada à virgindade da vítima, como se deixa transparecer pelo uso do termo – embora haja o tipo adicional de corrupção de menores de idade, que constitui na prática de “atos de libidinagem” (BRASIL, 1890, art. 266). Entretanto, o uso do termo *corromper* dá a entender que, uma vez perdida a “honestidade”, mesmo tratando-se de pessoa menor de idade, não é

mais digna da proteção que o Direito Penal se propõe a conferir. Além disso, ainda persiste o pagamento de dote como parte da pena nos casos de estupro ou corrupção de mulher honesta.

Foi apenas com o Código Penal de 1940 que a expressão “mulher honesta” e qualquer referência à honra foi retirada da letra da lei, que assumiu contornos mais parecidos com a atual legislação. Como este é o panorama normativo que orienta as decisões analisadas, é importante reproduzi-la novamente. Os artigos que falam sobre estupro estão no capítulo de “crimes contra os costumes”, ainda sob o paradigma de que a problemática da violência sexual é mais uma questão moral do que de integridade física e psicológica da mulher. A definição geral de estupro consta no art. 213: *constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça*.

Inicialmente, já é possível observar o fato de ter a conjunção carnal – ou seja, o coito vaginal – como o único contato sexual considerado como estupro, e as únicas pessoas aptas a serem vítimas do crime de estupro são mulheres. Aos homens vítimas e outros tipos de contato sexual era reservado o tipo penal de atentado violento ao pudor, do artigo seguinte, que contava com penas menos severas¹⁵.

No caso de contatos sexuais com mulheres menores de 14 anos (considerando-se a especificidade da tipificação do estupro da redação original do código de 1940), o art. 224 previa: *Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 anos*. Pela primeira vez não há menção ao defloramento, virgindade ou qualquer outro atributo de pureza sexual: a previsão legal opta por definir que um dos requisitos necessários para a configuração do estupro – a violência ou grave ameaça – está automaticamente preenchido, levando-se em conta a pouca idade da vítima.

A próxima alteração relevante no Código Penal em termos do tratamento jurídico-penal de contato sexual com crianças e adolescentes foi apenas em 2009, mas com um diferencial interessante: dessa vez, as formulações legislativas contaram com a interferência direta e ativa do movimento feminista em sua elaboração. Enquanto o código de 1940 foi elaborado durante a ditadura de Vargas, em que os movimentos sociais (inclusive o de mulheres) não podiam se manifestar, e muito menos interferir na elaboração de leis (SOIHET, 2012, p. 228), o contexto do século XXI já era bastante diferente. No final do Regime Militar, o movimento feminista brasileiro toma força a

¹⁵ Enquanto a pena para estupro varia entre 6 a 10 anos, a pena de atentado violento ao pudor varia entre 2 e 7 anos de reclusão.

partir dos anos 70 e, com a democratização, teve um papel crucial nos avanços legislativos em termos de igualdade de gênero na Constituinte (CARNEIRO, 2003, p. 117). Já no Direito Penal, além da pressão para a criminalização e atenção especial para a violência doméstica (ANDRADE, 1996, p. 44) (que culminou com a aprovação da Lei Maria da Penha, em 2006), o movimento feminista também pressionou pela mudança do bem jurídico protegido na criminalização do estupro: de crimes contra os costumes, passaram a ser vistos como crimes contra a dignidade sexual, a partir da alteração da lei 12.015 de 2009. Finalmente os crimes sexuais passam a ter como foco principal a proteção da integridade física e psíquica da vítima – que, com as mudanças legislativas, não são mais exclusivamente mulheres – pelo menos na legislação.

Em relação a crianças, as reformas de 2009 fortaleceram o entendimento de que uma pessoa abaixo de 14 anos não tem condição de consentir em qualquer relação sexual, por sua inequívoca criminalização. Ao invés de meramente presumir a violência, a reforma de 2009 criou o tipo autônomo de estupro de vulnerável, no art. 217-A: *Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Ou seja, a violência e grave ameaça não são convencionalmente supridas pela pouca idade, mas a idade da vítima constitui o próprio núcleo essencial do tipo.*

O panorama legal brasileiro, portanto, aponta para um problema estrutural de julgamentos morais como parâmetro para a validação da mulher como vítima dentro do processo penal que, com desenvolvimentos recentes capitaneados pelo movimento feminista, foram oficialmente retirados dos textos legais em favor de formulações que foquem na dignidade sexual como o bem jurídico a ser protegido pela lei. A proteção de crianças, ao longo das diferentes legislações, teve sorte similar: de uma condenação de *defloramento*, que coloca a pureza sexual explicitamente como o bem jurídico defendido pelo tipo, passando por uma presunção de violência no tipo geral do estupro, até a presente legislação, que coincide com uma ideia de proteção da criança através da criminalização de qualquer contato sexual entre ela e uma figura adulta.

Mas para além da letra da lei, qual seria a aplicação desses dispositivos legais? Com a amenização das expressões moralizantes expressas no Código de 1940, depois de mais de mais de um século de uma legislação brasileira expressamente preocupada com a moral sexual (isso sem mencionar as leis portuguesas que vigoravam anteriormente), as atitudes do Poder Judiciário poderiam mudar também? De acordo com Andrade (2006, p.20):

E muito embora a definição legal do estupro (art. 213) prescindia desta exigência a lógica da honestidade é tão sedimentada que os julgamentos de estupro, na prática, operam, sub-repticiamente, uma separação entre mulheres ‘honestas’ e mulheres ‘não honestas’. Somente as primeiras podem ser consideradas vítimas de estupro, apesar do texto legal.

Mesmo diante de uma legislação teleologicamente comprometida com a proteção da dignidade sexual da mulher (e da criança), não se pode assumir que a sociedade imediatamente se adaptará a todo um novo paradigma de pensamento de condenação de crimes sexuais. E aqui não se fala apenas de noções sociais dominantes que seriam compartilhados pelas juízas e juízes encarregados, preenchendo as estruturas do processo penal com valores morais alheios às leis oficiais – dentro do próprio processo penal podem ser encontrados resquícios dos tempos da *mulher honesta* e da *defesa da honra*, principalmente no tocante à prova nos autos.

Uma das peculiaridades que acomete muitos crimes sexuais é o fato de ocorrerem sem uma abundância de testemunhas. Isso significa que, além de exames periciais feitos no corpo da vítima e da pessoa acusada, que, de acordo com Andrade (2006, p. 20), correspondem a um número muito pequeno dos casos de estupro no Brasil, a controvérsia acaba contando com o depoimento da vítima como principal fonte probatória para a acusação. Mesmo quando comprovado que o contato sexual ocorreu, ainda resta à parte acusadora o dever de provar que houve a falta de consentimento na relação.

Desta forma, para complementar o depoimento da vítima – que, sozinho, inclusive pelas garantias mais básicas do processo penal, não pode ser uma fonte absoluta de prova, é procedimento comum nas Cortes fazer o uso do histórico da vida sexual pregressa da vítima (ANDRADE, 2006). O grande problema dessa prática é que ela não é compatível com um paradigma de proteção da dignidade sexual. Afinal, qualquer pessoa que consentiu muitas vezes, ou em muitas situações, a manter relações sexuais está em pleno direito de mudar de ideia, ou de não desejar sexo em uma situação específica. De fato, tudo o que um histórico da vida sexual pregressa está apto a fazer é produzir provas a respeito da moral sexual da vítima, que não deveria estar em pauta. De acordo com Andrade:

Existindo ou não laudo pericial, ou ainda prova testemunhal, mesmo em situações de flagrante delito, a palavra da vítima perde credibilidade se não for ela considerada “mulher honesta”, de acordo com a moral sexual patriarcal ainda vigente no S[istema de] J[ustiça]C[riminal]. O que vale, igualmente, para as vítimas mulheres que não são maiores de 14 anos, que tem a seu favor a presunção de violência (violência ficta) prevista do artigo 224, “a”, do CPB, mas que é sempre relativizada, pois somente vale (

lembre-se o célebre julgado do Ministro do STF, Marco Aurélio de Mello) se a vítima for considerada honesta. (ANDRADE, 2006, p. 22)

Desta forma, sob a persistente ótica da honestidade, ocorre uma verdadeira inversão dos papéis, em que cabe à vítima comprovar a própria legitimidade do seu *status* como vítima: é a sua moral sexual que parece estar em julgamento, e não a conduta do acusado.

Alguns países, como o Canadá, adotam as chamadas leis-escudo¹⁶ para proibir que a vida sexual pregressa de vítimas de estupro não possam ser mencionadas em julgamentos, mas mesmo em sistemas considerados extremamente avançados, ainda há outras formas de apresentação de evidências, por parte da defesa, que ainda conseguem o efeito de projetar uma narrativa determinada sobre o comportamento sexual pregresso da vítima (EHRLICH, 2001, p. 23-27).

Susan Ehrlich, uma linguista feminista, faz uma interessante pesquisa dos testemunhos de vítimas, acusados e juízes em casos de estupro no Canadá para analisar como esses julgamentos são estruturados linguisticamente – e como crimes sexuais eram linguisticamente estruturados nos julgamentos.

Suas conclusões, embora localizadas em um país que adota a *common law*, podem ser úteis para uma análise da forma como esse tipo de crime é julgado no Brasil: ela aponta para a rigidez dos binômios pergunta-resposta da dinâmica da tomada de depoimento judicial das partes e testemunhas, além do enquadramento discursivo feito pelos juízes, evidencia para o fato de que o sistema legal tende a enquadrar os discursos das partes dentro de uma moldura de identidades fixas para caracterizar as situações – molduras estas que são amplamente informadas por visões hegemônicas sobre a sexualidade de homens e mulheres (EHRLICH, 2001, p. 149). O processo penal, desta forma, estaria estruturado para um enquadramento em identidades pré-fixadas, o que tem um potencial enorme para ser prejudicial em situações complexas ou limítrofes, uma vez que operam mais para criar e classificar sujeitos do que para reconstruir fatos passados. As representações hegemônicas, desta forma, não entram por uma “porta dos fundos” do discurso jurídico através de opiniões não professadas de juízes, mas sim constituem um referencial quase necessário no enquadramento da situação, na medida em que há uma necessidade dos sujeitos serem enquadrados em alguma categoria. A

¹⁶ Tradução livre para “rape shield laws”

importância – e o perigo – desse tipo de operação dentro do meio jurídico é bem evidenciada por Judith Butler:

“O sujeito é uma questão crucial para a política, e particularmente para a política feminista, pois os sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por via de práticas de exclusão que não “aparecem”, uma vez estabelecida a estrutura jurídica da política. Em outras palavras, a construção política do sujeito procede vinculada a certos objetivos de legitimação e de exclusão, e essas operações políticas são efetivamente ocultas e naturalizadas por uma análise política que toma as estruturas jurídicas como seu fundamento. O poder jurídico “produz” inevitavelmente o que alega meramente representar; consequentemente, a política tem que se preocupar com essa função dual do poder: jurídica e produtiva. Com efeito, a lei produz e depois oculta a noção de “sujeito perante a lei”, de modo a invocar essa formação discursiva como premissa básica natural que legitima, subsequentemente, a própria hegemonia reguladora da lei.” (BUTLER, 2010, p. 19)

É importante evidenciar que todas as discussões feitas até agora sobre a *mulher honesta e honra da família*, até agora, diziam respeito a cenários em que a vítima considera que sua dignidade sexual foi violada – mas o que dizer sobre os casos em que alega-se que a vítima consentiu, apesar de ser menor de 14 anos?

A legislação penal consubstancia a ideia de que está protegendo a criança ao impedi-la de consentir sexualmente até os 14 anos, mas *o que* exatamente está sendo protegido acaba sendo objeto de controvérsias e questionamentos. O paradigma atual de interpretação da criminalização do contato sexual com menores de 14 anos se dá pela proteção da dignidade sexual – que, embora não explícito, já pode ser aventado mesmo na redação original do Código de 1940, especialmente se combinado ao quadro interpretativo do ECA. Mas se esse é o parâmetro desejado de julgamento, ele levanta uma outra questão: se a principal preocupação é a dignidade sexual, a criminalização de relacionamentos sexuais que foram, a princípio, consentidos, pode realmente servir a esse propósito? Em que medida o sistema penal pode estar sendo usado como uma ferramenta de controle da sexualidade de crianças?

A resposta para esta pergunta desloca a discussão para outro ponto: esse consentimento sexual de pessoas menores de 14 anos é possível? E, sendo possível, como pode ser apreendido pelo sistema jurídico para integrar o conjunto probatório do processo penal?

2.2 De Lolita a Dolly Schiller: gênero, infância e autonomia.

“No hotel ficamos em quartos separados, mas no meio da noite Lo apareceu no meu quarto, soluçando, e fizemos as pazes muito suavemente. Veja bem, ela não tinha absolutamente lugar nenhum para onde ir”.

Vladimir Nabokov - Lolita.

O livro de Vladimir Nabokov já revela, logo no início, que Lolita morre no parto no final da história (Nabokov, 2000, p. 4), embora não seja sequer possível perceber essa revelação antes de ter lido o livro até o final. Esse artifício irônico se dá justamente pelo imenso poder que Humbert tem ao controlar os nomes dados a cada personagem: enquanto Dolores Haze, depois de fugir de seu captor, casa-se com Richard Schiller para querer ser conhecida como Dolly Schiller, o narrador nos apresenta a personagem tão-somente como Lolita. Assim, quando a apresentação do livro menciona, *en passant*, que a sra. Richard Schiller morreu no parto de uma menina natimorta, quem poderia imaginar que se tratava de ninguém menos que a menina que dá nome ao título da obra?

É com o apelido escolhido de Dolly Haze que a menina vai para o acampamento de férias e experimenta sexualmente com outros colegas. É como Dolly Schiller que, mais tarde, ela escapa para os cantos mais remotos do Alasca para escapar do seu antigo captor. Mas enquanto estava com Humbert, seu nome era Lolita.

A despeito das narrativas culturais construídas sobre a personagem e da opinião de alguns críticos, pode-se dizer que há elementos o suficiente, mesmo em um livro narrado inteiramente por Humbert, para afirmar que Dolores não consentiu com o que estava acontecendo. Sem nem passar pela problemática da possibilidade de autonomia sexual para uma pessoa de 12 anos, fica bem clara a existência de diversos fatores que minavam completamente a capacidade de Lolita de ter qualquer autonomia sexual frente ao seu padrasto. Antes da morte da mãe e da sedução por Humbert, Lolita teve uma experiência sexual com pessoas da mesma idade dela, encarando o fato como algo lúdico, curioso. Em verdade, é uma das poucas experiências que ela mesmo conta, em suas palavras. Depois disso, Humbert a manipula para mostrar para ele “como se faz”, e nunca fica muito claro o quanto ela ‘consentiu’ daquela primeira vez. O que fica muito

claro que Lolita não consentiu, entretanto, foi em viajar de cidade em cidade, em ser abusada todos os dias, em viver com o seu captor... Tanto que ela conseguiu escapar depois (embora contasse com a ajuda de uma pessoa que também a erotizava).

A configuração da legislação do Código Penal de 1940 – antes e depois da reforma de 2009 – dá a entender que não há que se falar de autonomia sexual de uma menina de 12 anos, na medida em que o contato sexual é considerado como violento em virtude de sua idade. Mas é possível dizer que Lolita teve o mesmo nível de (falta de) autonomia em todas as diferentes situações sexuais nas quais ela esteve ao longo do livro? E, mais ainda, essa diferença carrega alguma relevância jurídica? Fazendo novamente a transição da Lolita literária para as lolitas que povoam esse trabalho, persiste a pergunta: qual é a possibilidade de autonomia sexual de uma menina menor de 14 anos?

O crime de estupro, ao conter no núcleo do tipo as expressões “*constranger, mediante violência ou grave ameaça*” (BRASIL, 1940, art. 213) pressupõe que a vítima é uma pessoa que possui autonomia para escolher como e com quem se relaciona sexualmente, e que o crime constitui justamente no desrespeito a essa autonomia. A legislação diferenciada para a criança – seja através da presunção de violência, como na redação original, ou no estupro de vulnerável do código atual – implica, então, na negação da autonomia da criança por parte do Direito Penal. A autonomia, de acordo com Flávia Biroli, é especialmente valorizada no projeto liberal de modernidade – do qual o Direito, em parte, é uma ramificação e concretização dessa ideia:

A partir desses dois eixos, define-se a compreensão de que o exercício da autonomia depende da eliminação da coerção e da subjugação, e é possível uma vez que essa eliminação se efetive. Por isso uma das preocupações políticas principais, quando se trata da autonomia como ideal político e social, é com os ajustes entre liberdade individual e controle social, para evitar que a ação de um ou de alguns indivíduos prejudique a possibilidade de que outros definam como gostariam de viver e procurem viver de acordo com essa concepção. A igual consideração e respeito aos indivíduos dá conteúdo à liberdade individual. Ao impedir que os interesses e vantagens de alguns rompam com as fronteiras que garantem a integridade de outros, torna-se possível que o usufruto dessa liberdade inclua o exercício da autodeterminação. (BIROLI, 2012 p. 11)

Entretanto, essa concepção de uma autonomia plena não corresponde à realidade desigual da sociedade contemporânea, pois não basta uma mera autonomia procedimental para que os indivíduos possam manifestar suas preferências livremente. Uma das grandes críticas do movimento feminista à ideia de autonomia é que a posição das mulheres na sociedade contemporânea ainda é pautada em internalizações de

estereótipos dos indivíduos (inclusive a respeito da sexualidade), que se expressam por constrangimentos sistemáticos, sutis e cotidianos, sendo capazes de limitar a autonomia do indivíduo em suas escolhas (BIROLI, 2012, p. 9). O nível de autonomia que qualquer sujeito pode ter não é um dado absoluto, mas fruto das relações de poder que se desenvolvem no ambiente material no qual essas escolhas podem ser feitas:

A crítica dirigida ao individualismo abstrato por não problematizar as redes intersubjetivas de significados, regras sociais e convenções em que se ancoram as obrigações “consentidas” dos indivíduos (Pateman, 1985 [1979], p. 29) pode ser, aqui, redirecionada para as abordagens procedimentais da autonomia, que focam, sobretudo, os processos individuais de formação das preferências. A análise crítica das preferências sustentadas e dos consentimentos dependeria, assim, da crítica ao “voluntarismo” predominante nas teorias liberais (Pateman, 1985 [1979]), da distinção entre voluntarismo hipotético e consentimento tácito, de um lado, e consentimento expresso nos casos em que a recusa a consentir – e, num paralelo com a terminologia utilizada neste texto, em que a recusa a um determinado modo de vida que teria, hipotética e tacitamente, sido escolhido – é efetivamente possível (Pateman, 1989, p. 72). As condições em que as escolhas são feitas, considerando as relações de gênero, a dependência material e a educação para servir, precisariam, assim, ser levadas em conta na distinção entre consentimento e escolha e voluntarismo hipotético e presumido. (BIROLI, 2012, p. 20)

A noção de autonomia do indivíduo abstrato, entretanto, parece ter grande penetração no âmbito dos julgamentos de estupro, conforme observa Ehrlich (2001, p. 94-95). Enquanto grande parte do sistema penal, em especial o *framework* argumentativo envolvido nos crimes sexuais, opera com a ideia de que os sujeitos envolvidos possuem autonomia no sentido abstrato e formal para tomar as suas decisões, enquanto, na realidade, as vítimas estão imersas em uma realidade social e configuração *relacional* da autonomia que fazem com que a percepção de suas escolhas seja modificada. O exemplo do caso analisado por Ehrlich ilustra bem essa diferença na percepção de autonomia. Uma estudante foi estuprada por um conhecido no quarto que dividia com uma amiga que estava dormindo com seu namorado. Durante toda a noite ela tentou pedir ajuda da amiga e do namorado, mas, com medo que o acusado ficasse violento, ela tentou alertar a amiga e o namorado de formas indiretas, conversando sem alarmes, chamando sua atenção e pedindo ajuda. A interpretação da defesa – e posição também corroborada pelos julgadores – é que a falta de atitudes mais arrojadas e decisivas, sua agência não efetiva no sentido de evitar o próprio estupro qualificam seu comportamento como um consentimento tácito. Entretanto, não se leva em conta o fato de que, estando no próprio dormitório de madrugada, e ao ver seus amigos inertes e sem ação diante de uma situação que percebia como abuso, não lhe ocorreram as ideias de sair do quarto e procurar outra pessoa, e que a possibilidade de gritar ou ser mais

veemente em sua recusa tinham mais a ver com medo do acusado do que com consentimento implícito – ou seja, que a sua autonomia para dizer *não* naquela situação estava severamente limitada pelas circunstâncias.

Esse quadro se agrava quando se considera que a socialização das mulheres, no que diz respeito à sexualidade, está inserida em um ambiente em que prevalece uma narrativa cultural forte de que a mulher quer dizer “sim” quando diz “não” (BRITO, 2007, p. 36). De fato, Susan Ehrlich identifica que, em situações sociais normais, a recusa de interações sexuais, quando feita por mulheres, tende a ser fraseada em termos indiretos, brandos, cheios de justificativas e não-agressivos (2001, p.145). Ou seja, se mesmo em uma situação normal e não marcada pelo medo as mulheres já tendem a expressar a recusa de uma forma indireta, quando se sentem ameaçadas e sabendo que a situação pode escalar para a violência com facilidade, teriam menos tendência ainda a articular uma negativa veemente, ou mesmo agressiva, o que provavelmente poderia agravar a situação. Cabe bem, para referir-se à situação, uma citação de Catherine Mckinnon:

“a questão de fundo é que as mulheres são socializadas para a prática de uma receptividade passiva, não percebendo a violação, nem vendo alternativa senão a aquiescência perante certos atos de violência. Assim, a “concordância” responde a uma situação vivida como de vulnerabilidade absoluta e é preferível à possibilidade de sofrer a humilhação de uma luta perdida. Submetem-se para sobreviver”(MACKINNON, apud BRITO, 2007, p. 36).

Desta forma, nota-se que as limitações à autonomia podem ocorrer situacionalmente, mesmo quando não há normas excludentes baseadas na diferença sexual ou quando não há controle direto ou coerção (BIROLI, 2012, p. 8).

Por óbvio, não é apenas a desigualdade de gênero que é apta a gerar vícios e entraves à autonomia da pessoa em uma situação – não se pode esquecer também das desigualdades raciais¹⁷ e econômicas que também deixam marcas profundas na sociedade brasileira. Afinal, uma das grandes bases filosóficas de todo o ramo do Direito do Trabalho é o reconhecimento de que a desigualdade de poder econômico

¹⁷ De acordo com Carneiro (2003, p. 119): “... essa necessidade premente de articular o racismo às questões mais amplas das mulheres encontra guarida histórica, pois a “variável” racial produziu gêneros subalternizados, tanto no que toca a uma identidade feminina estigmatizada (das mulheres negras), como a masculinidades subalternizadas (dos homens negros) com prestígio inferior ao do gênero feminino do grupo racialmente dominante (das mulheres brancas). Em face dessa dupla subvalorização, é válida a afirmação de que o racismo rebaixa o status dos gêneros. Ao fazê-lo, institui como primeiro degrau de equalização social a igualdade intragênero, tendo como parâmetro os padrões de realização social alcançados pelos gêneros racialmente dominantes. Por isso, para as mulheres negras atingirem os mesmos níveis de desigualdades existentes entre homens e mulheres brancos significaria experimentar uma extraordinária mobilidade social, uma vez que os homens negros, na maioria dos indicadores sociais, encontram-se abaixo das mulheres brancas”.

pode gerar vícios no livre exercício da vontade da pessoa trabalhadora, motivo pelo qual todo o sistema é interpretado segundo o princípio protetivo.

Por fim, a própria ideia de autonomia, para todos os sujeitos, deve ser analisada como algo situacional e passível de limitações, uma vez que a agência do sujeito é *diferencialmente imperfeita*, nas palavras de Flávia Biroli (2012, p. 28), na medida em a universalização dos direitos, típica de nossa sociedade ocidental moderna, convive com uma complexa rede de dominação, opressão e exploração que impactam e definem o horizonte de possibilidades de cada indivíduo, limitando o escopo das escolhas efetivamente disponíveis. A posição social de cada indivíduo que decide – assim como a relação com os outros sujeitos envolvidos na decisão – é que delimita o escopo das escolhas – há possibilidades diferentes de escolhas para homens ou mulheres, pessoas ricas ou pobres, pessoas negras ou brancas e assim por diante:

Os indivíduos não são definidos como agentes igualmente competentes. Há filtros ancorados em preconceitos, estereótipos, tradições culturais e religiosas, e eles colaboram para o desenvolvimento diferenciado das competências necessárias para o agir autônomo. A capacidade para o exercício da autonomia é socialmente significada e representada. As fronteiras entre ser vista como incompetente para autodirigir-se, segundo os padrões sociais e estereótipos vigentes, e ver a si mesma dessa forma não são claras. Essa continuidade pode estar na base da falta de habilidade das mulheres para reconhecer a si mesmas como pessoas livres ou, por outro lado, do entendimento de que são livres mesmo quando tomam parte em relações injustas e opressivas. (BIROLI, 2012, p. 28)

Nesse sentido, pode a infância ser entendida como mais um dos filtros condicionantes da autonomia, como mais uma forma de opressão que condiciona o sujeitos a não terem as condições necessárias para tomar decisões livres e consentidas em relação à sua sexualidade?

A justificativa da falta de autonomia da criança, quando vista sob uma perspectiva de proteção dos seus direitos, significa reconhecer que a criança não possui justamente essas possibilidades de efetivamente escolher ou refletir sobre suas escolhas. Desta forma, não haveria sequer a negação de uma autonomia, mas sim uma proteção dos interesses da criança frente à sua ausência na pessoa da criança. Juridicamente falando, é feita referência aos termos “presunção de violência” e posteriormente da “vulnerabilidade”, sendo a pouca idade equiparada, nos termos da lei, a pessoas que possuem deficiências mentais e que, de alguma forma, não tem a possibilidade de manifestar o consentimento (BRASIL, 1940).

A primeira e mais imediata explicação para essa vulnerabilidade seria a explicação de que ela seria um ser *biologicamente* vulnerável. Assim como grande parte das questões ligadas à infância, há uma forte tendência à naturalização da falta de autonomia (JENKS, 2005), explicada através de estágios de desenvolvimento físico ou mesmo psicológico - mas a capacidade de consentimento sexual é uma habilidade social, que envolve uma infinidade de fatores que não são biologicamente determinados:

De acordo com Heilborn:

...o estudo da sexualidade põe em evidência a ideia mais relevante da teoria sociológica: a relação entre sociedade e indivíduo e como são produzidos contextualmente os nexos entre esses dois polos. Os roteiros sexuais espelham as múltiplas e diferentes socializações que uma pessoa experimenta em sua vida: família, tipos de escolas, acesso a distintos meios de comunicação, redes de amizade e vizinhança. Esses roteiros são especialmente relevantes na fase em que a sexualidade se torna uma questão muito importante: na adolescência/juventude, quando se dá o início da vida sexual com parceiro, e, a seguir, na passagem à vida adulta. Uma determinada concepção de sexualidade está em jogo quando da entrada na vida sexual, intimamente vinculada com o uso social do corpo, sendo este modelado pelas normas culturais. (HEILBORN, 2006, p. 46)

Não estamos aqui falando de uma habilidade que depende, em grande parte, de funções corporais, como a capacidade de consumir alimentos sólidos, pronunciar palavras e conseguir articular mentalmente a ideia de futuro e passado, por exemplo. É claro que é possível que questões como desenvolvimento físico e neurológico possam desempenhar um papel importante, mas é justamente a multiplicidade de fatores que compõe a sexualidade e a autonomia sexual de cada indivíduo é que tornam a determinação biológica impossível.

Mesmo sem um discurso de cunho biológico pra sustentar a incapacidade de pessoas menores de 14 anos de consentir em atos sexuais, ainda é possível argumentar que há uma enorme probabilidade de que a criança esteja em uma situação na qual não é possível o exercício de sua autonomia – seja pela desigualdade de gênero, por hierarquias familiares, ou mesmo pela desigualdade econômica, uma vez que a maior parte das crianças não têm meios próprios de sustento. A comprovação da existência desta vulnerabilidade, portanto, justificaria plenamente a desconsideração de um “consentimento expresso” de uma menina menor de 14 anos para o ato sexual, na medida em que a situação de desigualdade em relação à outra pessoa seria tão grande que não se pode dizer que ela teve, na situação concreta, uma real condição de manifestar a sua autonomia.

Isso não significa, porém, que a criança não tenha autonomia alguma para tomar decisões –mesmo em relação ao exercício de sua sexualidade. Afinal, se as restrições à autonomia dos sujeitos são situacionais, também é possível que existam situações em que haja uma situação de razoável autonomia, mesmo em um mundo tão restrito. Afinal, mesmo que todas as preferências e identidades sejam condicionadas por fatos socioculturais e por expectativas sociais incontornáveis, isso não significa que não haja lugar para a autêntica tomada de decisões a respeito desses fatos. (BIROLI, 2012, p. 13). Ou seja, reconhecer que as crianças têm sua autonomia limada pela sua falta de capacidade jurídica, subordinação econômica, falta de experiência, entre outras, também não significa dizer que elas não possuem autonomia alguma, mas sim que a manifestação de sua vontade tem chances muito maiores de ser cooptada, constrangida ou negada.

Nesse sentido, absolutização da presunção de violência no caso de atividade sexual com pessoas menores de 14 anos, embora tenha em mente todas as restrições da autonomia que uma criança pode sofrer, pode acabar impondo *mais uma* restrição a uma autonomia que já é cercada de interdições culturais, institucionais e estruturais.

Quanto à vulnerabilidade, é interessante notar que há dois discursos possíveis para associá-la à falta de autonomia sexual das crianças: a primeira, relacionada às explicações biologizantes e visões mais estáticas de autonomia e consentimento, acreditam ser a infância um *estado de vulnerabilidade* que é passível de ser modificado com o tempo, à medida que a criança se torna uma pessoa adulta. Já o conceito relacional da autonomia permite, através da análise da situação concreta, identificar *situações de vulnerabilidade* que podem retirar a autonomia de um sujeito.

Desta forma, a proteção especial conferida às crianças se concretiza com dispositivos legais que facilitam e legitimam essa constatação da falta de autonomia, sem que signifiquem, necessariamente, a condenação de crianças à impossibilidade de agirem como seres autônomos, se a situação o permitir.

Voltando ao livro como um exemplo ilustrativo, fica claro aqui que a vulnerabilidade de Lolita não retirava a sua capacidade de se manifestar como um ser sexual aos 12 anos, uma vez que não se encontrava em uma *situação de vulnerabilidade* enquanto participava de jogos sexuais com seus colegas de acampamentos – pelo menos do tanto que se consegue saber através da narrativa de Lolita. Porém é gritante a *situação de vulnerabilidade* causada pela desigualdade de poder entre ela e Humbert,

uma vez que as ações dele ignoram completamente o consentimento de Lolita, que não tem força para se impor frente a ele. E o que coloca o poder nas mãos de Humbert são justamente as instituições – ela, como filha dele, não é questionado o afeto. Ademais, ela mesma não tinha muitas opções, uma vez que iria para o sistema de adoção, já que a mãe estava morta. Uma mulher adulta poderia trabalhar em qualquer lugar, hospedar-se em um hotel sozinha, tomar atitudes que Lolita não pôde, porque está supostamente sendo ‘protegida’ pelo seu padrasto, e qualquer denúncia corria o risco de ter consequências em casa – se as autoridades não acreditassem na versão de Lolita (o que é possível, considerando o quanto Humbert é uma pessoa eloquente e charmosa), ela ficaria em uma situação ainda pior... A chave do consentimento, portanto, está na desigualdade de poder dos agentes e no contexto em que essas relações de poder atuam, e depende da sensibilidade de juízas e juízes para essa percepção.

3 AS LOLITAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DOS *HABEAS CORPUS* SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS ÚLTIMOS VINTE ANOS.

Após algumas considerações a respeito da criança, da mulher e seu papel no processo penal, podemos enfim conhecer as representações das lolitas que foram feitas não em páginas de livro, mas em autos de processo que chegaram até a última instância do Judiciário Brasileiro. Os 17 processos selecionados apresentam muitas particularidades inúmeras situações diferentes. O ponto em comum que os une é o fato de terem como vítima uma criança ou adolescente do sexo feminino, em situações nas quais houve contato sexual com um homem maior de 18 anos, tendo sido essa situação judicializada e resultando na condenação do acusado. Os acusados, por sua vez, impetraram *habeas corpus*, visando a garantia de seu direito de ir e vir ao considerar que sua prisão era ilegal. Como argumento, dentre outras possíveis causas, estava a afirmativa de que a vítima tinha consentido com os atos. Diante da presunção de violência para menores de 14 anos, afirmam que não se aplicaria a seu caso específico. Porém, além disso, há uma grande variedade de situações quanto às relações entre vítima e acusado, às respostas da vítima e ao uso de argumentos no Tribunal sobre a imaturidade das vítimas e a presunção de violência. De todos os *habeas corpus* perante o STF que tratavam do tema nos últimos 20 anos, 17 deles tinham como uma das principais controvérsias jurídicas a tentativa de relativização da presunção de violência.

3.1 Resumo dos casos

3.1.1 Caso 1: HC 73662-9 MG 1996.

O HC 73662-9 MG (BRASIL, 1996a), primeiro e emblemático caso, foi o único dos últimos 20 anos que resultou na absolvição do paciente no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A vítima, que contava com 12 anos na época dos fatos, mantinha relações sexuais casuais com o acusado. Na terceira vez, ela subiu na motocicleta do acusado, que a levou para um terreno baldio. Inicialmente a vítima teria recusado, mas “cedeu diante das carícias” (BRASIL, 1996a, p. 315.). A denúncia foi feita pelo pai, que flagrou a filha descendo da motocicleta perto de sua casa e a questionou. O acusado foi

condenado em primeira e segunda instâncias pelo crime de estupro com presunção de violência.

Na 2ª Turma do STF, o entendimento majoritário, seguindo o voto do Min. Relator Marco Aurélio, foi no sentido de absolver o acusado. A principal motivação para a descaracterização do estupro com presunção de violência foi o comportamento sexual da vítima. Não houve uma construção discursiva de autonomia ou dignidade sexual da vítima, mas tão-somente sua desqualificação moral. O Ministro Marco Aurélio esclarece essa posição em seu voto:

“Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir.” (BRASIL, 1996a, p. 317) (grifo meu).

O Ministro Francisco Rezek, em concordância com o posicionamento do relator, chega a aventar a hipótese de inverter os polos entre vítima e algoz: “O caso é de sexo precoce, mediante consentimento expreso. A única coisa que dependeria de alguma análise de prova é a questão de saber em que medida a vítima induziu a relação, ou consentiu simplesmente” (BRASIL, 1996a, p. 323).

É possível observar a recorrência de frases nas quais o acusado figura como sujeito passivo, como aquele sobre o qual uma ação é praticada, reforçando a tese de inversão dos polos da relação¹⁸. Esse posicionamento aparece de forma clara no voto do Ministro Maurício de Corrêa: “...quando o condenado também é um jovem, patente as circunstâncias em que se viu envolvido, convidado, provocado e incentivado a manter relações sexuais com menor de 14 anos de idade...” (BRASIL, 1996a, p. 327) (grifo meu). Não obstante o acusado ter levado a vítima em sua motocicleta até um terreno baldio e precisar persuadir a vítima a manter relações sexuais, a situação é compreendida de forma peculiar pelo ministro. Na frase transcrita quem envolve, convida, provoca e incentiva é justamente a vítima, que é construída como a verdadeira causadora da situação.

¹⁸ Susan Ehrlich (2001, p. 39-40) observa que é uma estratégia comum de defesa a construção de frases com o acusado no sujeito passivo. Elas baseiam-se no tanto nas construções da sexualidade masculina como algo instintual e irresistível, que meramente reagem diante da tentação que é apresentada pelo comportamento sexual da mulher. Com essa inversão de polos entre vítima e acusado, são as ações da vítima que acabam apontadas, então, como a causa do crime. Esse discurso se incorpora ao discurso dos juízes, mas isso não significa, necessariamente, que o acusado tenha algum especial poder de persuasão, mas sim que o seu discurso de negação de agência se encaixa em narrativas socialmente hegemônicas.

De fato, mais de uma vez a figura do acusado é retratada como uma vítima do processo penal, que teve a vida desnecessariamente atrapalhada pela vítima. O exemplo mais marcante vem do Ministro Marco Aurélio, ao dizer que a condenação não interessa à sociedade. Ele pondera que “tendo em conta até mesmo a passagem do tempo, já que o episódio ocorreu há mais de cinco anos, quando solteiro o Paciente, estando ele hoje casado, com família, tendo vida irrepreensível...” (BRASIL, 1996a, p. 320).

Outro argumento que reforça a tese de desconsideração da presunção de violência é que as características físicas da vítima e seu comportamento levariam a crer que ela fosse mais velha. De acordo com o voto do Ministro Marco Aurélio:

“O quadro revela-se realmente estarrecedor, porquanto se constata que menor, contando apenas com doze anos, levava vida promíscua, tudo conduzindo à procedência do que articulado pela defesa sobre a aparência de idade superior aos citados doze anos.” (BRASIL, 1996a, p. 316)

O depoimento da vítima foi instrumental para a formação da opinião da maioria, conquanto a menina afirmou que:

“(...) que já ficou com outro rapaz de nome Valdir; que se relacionou sexualmente com o réu por três vezes e que na última foi que seu pai pegou; que a depoente manteve relações sexuais como réu na primeira vez que o conheceu; que tal relação sexual não foi forçada em hipótese alguma; que assim agiu porque pintou vontade; que o relacionamento da depoente com o pai não é muito bom e que o pai a pressionou para comparecer perante a autoridade; que transou com Valdir num sítio abandonado perto da fábrica (...) tinha muito medo do pai saber que ela estivesse se encontrando com o réu sexualmente; que não houve violência em momento alguma; que a depoente não tem medo de pegar AIDS, nem de engravidar porque se tiver um filho o criará.” (BRASIL, 1996a, p. 315-316)(grifo meu).

Estas últimas alegações da vítima foram interpretadas de forma diversa pelos dois ministros que proferiram os votos divergentes. Enquanto essas afirmativas foram vistas como sinal de leviandade pela maioria, o Ministro Carlos Velloso interpretou-a como sinal de imaturidade:

“Quem presta tais declarações não é capaz de decidir, é uma imatura. Na verdade, uma jovem de 12 anos não é ainda uma mulher, não sabe discernir a respeito dos seus instintos sexuais. Essa imaturidade, que impede a compreensão do exato sentido do ato, revela-se, justamente, nas declarações que foram prestadas...” (BRASIL, 1996a, p. 333)

Os dois votos divergentes evidenciam que a moral sexual da vítima não é motivo para afastamento da presunção por uma razão biológica. Nas palavras do Ministro Carlos Velloso “É que uma menina de 12 anos, já se tornando mulher, o instinto sexual tomando conta de seu corpo, cede, com mais facilidade, aos apelos amorosos (...) O instinto sexual tende a prevalecer” (BRASIL, 1996a, p. 332).

O Ministro Néri da Silveira também desqualifica a vontade expressa no depoimento da vítima com base em fatores biológicos que a tornam mais propensa a ceder aos seus desejos sexuais (BRASIL, 1996a, p. 346), mas toma como base principal uma perícia a respeito da saúde mental da vítima:

“...os peritos chegaram à conclusão de que ela não é portadora de doença mental, mas tem comportamento instável e percebe-se também seu narcisismo e exibicionismo, com fantasias no campo sexual. Encontra-se emocionalmente perturbada, esforçando-se para manter a integridade do ego”. (BRASIL, 1996a, p. 345).

Em uma decisão pautada por divergências, um tema comum entre todos os votos são os lamentos em relação à licenciosidade dos costumes atuais – em especial, a veiculação de cenas sexuais na mídia.

3.1.2 Caso 2: HC 74215-7 MG 1996

Já no caso do HC 74215-7 MG (BRASIL, 1996b), também de 1996, ocorre a singular situação da presunção de violência ser afastada, mas ainda sim haver a condenação do paciente. A vítima, que tinha 13 anos de idade, era filha de uma prostituta, cuja mãe obtinha ajuda econômica sob a forma de “comida, cerveja e cachaça” do acusado, cuja idade não foi considerada relevante pelos ministros, por não constar no acórdão (BRASIL, 1996b, p. 589). O acusado declarou que a relação tinha sido consensual, pois não teria havido violência, e ele contava com a anuência da própria mãe da vítima. Em seu depoimento na delegacia, entretanto, a vítima declarou que havia sido violentada pelo acusado mais de uma vez:

“que a depoente foi violentada por M. que se aproveitou do fato de a mãe da depoente estar inconsciente... que após o dia em que manteve relações sexuais com M., já teve por mais quatro vezes relações sexuais com o citado M.; que M. ajuda a mãe da depoente com comida, cerveja e cachaça; que é a mãe da depoente quem pede as coisas a M.; que a mãe da depoente sabe que ela mantém relações sexuais com o M.” (BRASIL, 1996b, p. 588-589)

Aqui há um caso em que a vítima se reconhece como tal, caracterizando a relação como estupro em suas próprias palavras. A perícia técnica confirmou que havia ocorrido “defloramento completo” (BRASIL, 1996b, p. 588). A sentença condenatória da qual o *habeas corpus* recorre, no entanto, afasta a presunção de violência em virtude da moral sexual da vítima:

“Ora, ficou sobejamente provado que a vítima não era nenhuma ingênua, foi criada com uma prostituta, depois encaminhada à FUNABEM, depois ao Abrigo Nhá Chica, para finalmente voltar a viver com a mãe, que sempre se dedicou à prostituição para sobreviver, posto que nunca trabalhou. Ela já

tinha uma ‘boa escola’ e como sua própria irmã declarou, quando S. estava com doze anos, teve um relacionamento sexual incompleto com A. de tal e que esse relacionamento foi iniciativa da própria vítima. Ressalte-se que segundo ainda as palavras de sua irmã, Sandra já era conhecedora de assuntos sexuais!” (BRASIL, 1996b, p. 589)

. No caso, não é nem o comportamento sexual da vítima diante do caso específico que enseja o afastamento da presunção e sua descaracterização como criança, mas fatos específicos da sua vida pregressa, e do contexto em que viveu.

A decisão do STF foi unânime no sentido de manter a condenação de primeiro grau. As circunstâncias da moral sexual pregressa da vítima foram tidas como razões legítimas para afastar a presunção de violência, mas o depoimento da vítima foi o suficiente para convencer que houve coação, caracterizando o estupro. Nas palavras do Ministro Maurício Corrêa:

“Vê-se, pois, que a vítima, em que pese conhecedora das ‘coisas do sexo’ e haver sido criada por quem sempre se dedicou à prostituição, não era uma prostituta, sendo uqe, na convicção da juíza sentenciante, foi ela coagida a manter relações sexuais, tendo sido deflorada pelo paciente, conforme auto de corpo de delito.”

A opção do STF foi, portanto, no sentido da manutenção da sentença recorrida – mesmo que ela admitisse a descon sideração da presunção de violência por motivos de moral sexual pregressa.

3.1.3 Caso 3: HC 74826-6 SC 1996

Já no caso do HC 74826-6 SC, também de 1996 (BRASIL, 1996c), o acusado utilizou-se do precedente do primeiro HC no STF para afastar a presunção de violência da relação sexual que teve com a vítima, de 13 anos, mediante promessa de casamento futuro. Sua idade não é expressamente mencionada, mas o relatório faz referência à juntada de uma certidão de nascimento que comprova que o acusado era menor de 21 anos na data dos fatos (BRASIL, 1996c, p. 393). São duas as alegações do acusado para a concessão do *habeas corpus*. Primeiramente, ele evoca o precedente da própria Corte para afastar a presunção de violência alegando

“a inexistência de tipicidade do crime de estupro, eis que teria havido, no máximo sedução¹⁹ da pretensa vítima, que teria aceito manter relações

¹⁹ De acordo com a legislação em vigência na época, a sedução de menores era prevista pelo art. 217: “Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena- reclusão, de dois a quatro anos.” (BRASIL, 1940). Note-se que a sedução, a princípio, só caberia se a vítima fosse maior de 14 anos, razão pela qual ainda seria necessário descaracterizar a presunção do art. 224.

sexuais sob promessa de futuro casamento, não caracterizada a violência”(BRASIL, 1996c, p. 392)

Além disso, ele requer a extinção da punibilidade pelo fato de a vítima ter se casado com outra pessoa alguns anos depois²⁰, sem que ela se manifestasse, de qualquer forma, no processo.

A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, denegou o *habeas corpus*. Isso não significa, entretanto, que o entendimento a respeito da possibilidade de afastamento da presunção de violência tenha sofrido uma modificação tão rápida. Como enuncia o Ministro Relator, Sydney Sanches:

“Lembro que, no caso, não se alega experiência anterior da vítima, nem a ocorrência de erro quanto a sua idade, mas, apenas e tão-somente, que consentiu na prática das relações sexuais, o que não basta para afastar a presunção de violência, pois a norma em questão visa, exatamente, a proteger a menor de 14 anos, considerando-a incapaz de consentir” (BRASIL, 1996c, p. 400).

Ou seja, a vontade da vítima ou sua autonomia sexual são desimportantes para a caracterização do estupro com presunção de violência. Os termos nos quais esse “mero consentimento” foi dado não são objeto de discussão pelos Ministros, porque somente considerações de ordem moral, ou aparência de maior idade, seriam meios idôneos de afastar a presunção. Fica consolidado que pessoas menores de 14 anos são incapazes de consentir sexualmente – porém, para serem dignas dessa proteção, faz-se necessário também a conformidade do corpo da menina com a aparência infantil, assim como a ausência de comportamentos considerados imorais.

Quando à questão do casamento do terceiro, a argumentação envolveu questões mais técnicas do que uma discussão sobre o conceito de infância: o casamento da vítima com terceiro não constava nos autos quando foi proferido o acórdão impugnado, e por isso não podia ser concedido em sede de *habeas corpus*.

3.1.4 Caso 4: HC 74580-6 1996

²⁰ Até 2005, o art. 107 do Código Penal considerava que havia extinção de punibilidade: “VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração;” (BRASIL, 1940). A disposição que trata de “violência real” significa que os casos de violência presumida do art. 224 eram o destinatário específico dessa possibilidade de extinção de punibilidade. Trata-se de mais um resquício da mentalidade de que a violência sexual feria o bem jurídico da honra da mulher, e o casamento – mesmo que com outra pessoa – comprovaria que o dano não teria sido tão extenso ao ponto de comprometer o “valor” da mulher.

O HC 74580-6 (BRASIL, 1996d), também julgado pela 1ª turma, foi unânime ao indeferir o pedido de habeas corpus do acusado (cuja idade também não é considerada relevante), que mantinha relação romântica com a vítima desde que ela tinha 12 anos de idade, frequentando sua casa e buscando-a da escola, apesar de já ser casado e ter filhos. O acusado alega que o procedimento criminal foi instaurado por conta de perseguição pela autoridade policial (BRASIL, 1996d, p. 455), e que

“alega-se que o paciente não agiu com dolo ou violência física, e que a suposta vítima teria consentido em manter com ele relações sexuais, tendo-o feito por livre vontade, porque mantinham relacionamento amoroso. Sustenta-se que a despeito de contar apenas treze anos de idade²¹, a ofendida aparentava dezesseis ou dezessete e tinha vida noturna ativa, frequentando bailes e brincadeiras dançantes” (BRASIL, 1996d, p. 455).

A despeito da tentativa do acusado em discutir a moral da vítima, a manifestação do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, segue um padrão bastante diferente das três últimas decisões. Pela primeira vez aparece uma defesa ativa da moral da vítima por parte do ministro Ilmar Galvão:

“Com efeito, e são justamente aquelas meninas, e que são meninas ainda, sem qualquer dúvida, que por fisicamente desenvolverem-se precocemente atraem a cupidez do homem adulto. Todavia, emocional e psiquicamente ainda são por demais infantis, mesmo que sofram o bombardeio hedonista das redes de televisão. Mas permanecem indefesas. Ainda brincam com bonecas...” (BRASIL, 1996d, p. 458).

Com a ênfase na inocência da vítima, a moral do acusado é, pela primeira vez, negativamente retratada:

“No entanto, o homem adulto, no caso alguém já casado, e com filho, acerca-se, volteia a menina de 13 anos, [d]e corpo avantajado; insiste; não desgruda de seu espaço de vida; faz-lhe promessas até alcançar seu inescrupuloso desideratum. Depois, o abandono.” (BRASIL, 1996d, P. 458)

Sobre as opiniões da vítima, pouco se sabe: apenas duas linhas de seu depoimento foram consideradas importantes para o ministro relator: “conforme o próprio depoimento da vítima em fase inquisitiva (fls. 8), tornou-se certo que, quase todos os dias, C. aguardava F. no trajeto da escola, e saíam juntos” (BRASIL, 1996d, p. 457).

Aqui, a tese de erro de tipo, levantada pelo acusado ao dizer que a menina parecia ter 16 ou 17 anos, cai por terra:

“Ora, se assim o fazia [buscar a vítima na escola], diariamente, ao menos deveria pressupor que a ofendida cursava a 5ª série. Como pode o acusado,

²¹ Embora a defesa tenha mencionado 13 anos como a idade da vítima, o parecer do Ministério Público alega que a vítima tinha 12 anos na época dos fatos (BRASIL, 1996d, p. 457)

então, afirmar, até categoricamente, que não podia imaginar a idade de F.? (...) Que não se alegue em favor do [acusado] o desconhecimento da real idade da vítima, pois não era ele nenhum neófito na vida, já trabalhava em uma firma como funileiro, em uma cidade razoável do interior, frequentou até a 4ª série do primeiro grau, declarou possuir uma casa financiada, era casado, tinha filho, frequentou a casa da vítima, não teve ele um encontro esporádico, mas sim duradouro, logo inaceitável suas formas de inculpar-se.” (BRASIL, 1996d, p. 457-458)

Esses entendimentos formam um contraste marcante em relação ao 1º caso, ocorrido no mesmo ano, que o acusado cita como jurisprudência favorável a ele. Em ambas as situações, o acusado manteve relações sexuais com uma menor de 14 anos, buscando-a em seu veículo, e alegando posteriormente que a menina tinha aparência física de ser mais velha. Em ambos os casos a vítima não manifestou objeções diretas ao longo do processo – ou ao menos não teve nenhuma objeção considerada como argumento perante os ministros do STF.

As diferenças entre os casos também não explicam a diversidade de resultados, a princípio: o 1º caso retratava um relacionamento casual enquanto o presente caso foi caracterizado como um relacionamento mais estável. No 1º caso havia uma completa desaprovação por parte do pai, enquanto no presente caso o acusado frequentava a casa da vítima. Se todos os fatores do 1º caso apontam para uma maior reprovabilidade social do ocorrido, por que é o acusado do 4º caso que acaba sendo moralmente condenado pelo Ministro? Por que a compleição física é considerada ali um fator que justifica o afastamento da presunção e uma prova da inexistência da inocência, enquanto aqui ela é um terrível fardo para as inocentes crianças que brincam de boneca?

Afora possíveis diferenças pessoais no estilo decisório, o que parece desempenhar um papel importante é o fato da vítima do caso em questão frequentar a escola, enquanto a menina que não foi considerada como vítima estava na rua à noite. Caso a idade do acusado fosse considerada relevante, seria possível também saber se havia uma diferença de idade muito acentuada que também pudesse servir de justificativa para a admoestação moral do acusado.

3.1.5 Caso 5: HC 74700-1 1997

No HC 74700-1 (BRASIL, 1997a), julgado pela 2ª turma, a vítima de 13 anos tinha um relacionamento amoroso com o acusado, de idade não especificada no processo, do qual resultou uma gravidez. Embora o acusado alegasse que a vítima tinha

mentido que tinha 15 anos de idade, ela não confirmou sua versão em depoimento às autoridades. Uma testemunha descreve que a aparência da vítima “era a de uma moça de 12 anos, com mentalidade de criança” (BRASIL, 1997a, p. 470). Porém, assim que começou a execução penal e o réu foi preso, a vítima, que tinha se casado com outra pessoa, registrou em escritura pública uma declaração declarando o seguinte:

“Saibam quantos esta pública Escritura de Declaração bastante virem que (...) a Sra. J., brasileira, casada, do lar, (...) me foi dito que: Declara a quem possa interessar que consta como vítima na Ação Penal movida pela Justiça Pública contra E. e sobre o caso, tem a dizer que considera injusta a pena imputada a E., bem como sua prisão, pois praticou o ato sexual com o mesmo de livre e espontânea vontade, que tinha pleno conhecimento do que estava fazendo, não sendo em nenhum momento coagida nem obrigada pelo mesmo, que na época, embora contasse com 13 (treze) anos, mentiu para E. dizendo que tinha 15 (quinze) anos. Logo após ficou grávida, dando à luz a R. (...), sendo a criança registrada pelo seu pai que ajudou na sua criação com leite e roupas até que fosse preso. Queria casar com E., mas por influência de sua mãe que tinha ódio e vingança, isso se tornou impossível. Por encontrar-se sob a sua guarda não pode manifestar-se contra a sua vontade. Hoje encontra-se casada e feliz, pronta para uma vida nova com sua família, mas isto fica difícil com esse sentimento de culpa que toma por saber que um inocente está preso. Que E. está pagando por um crime que não cometeu. Como poderá explicar ao seu filho no futuro que seu pai foi injustamente preso e que sobre ele lhe pega a pecha de estupro, se isto não é, e jamais foi a verdade.” (BRASIL, 1997a, 472-473)

O Ministro Maurício Corrêa ironiza um pouco a declaração, considerando-a exagerada e com partes “obviamente induzidas” (p. 473), mas reconhece sua importância jurídica.

Diante desse quadro fático estabelecido, a decisão unânime da 2ª Turma do STF foi de indeferir o *habeas corpus* proposto, mas concedê-lo de ofício. O motivo apontado, porém, não foi a manifestação de consentimento da vítima, mas o seu casamento com um terceiro, que poderia extinguir a punibilidade de crimes contra os costumes praticados sem violência real, conforme a redação do art 107, VII do Código Penal em 1997.

3.1.6 Caso 6: HC 75414-7 MG 1997

O caso do HC 75414-7 MG, julgado pela 2ª turma (BRASIL, 1997b), teve uma argumentação bastante concisa no tocante à tese do consentimento da vítima, o que não permite tirar muitas conclusões a respeito da história do caso – uma vez que não há menção da idade do acusado e nem mesmo a idade da vítima. Sabe-se apenas que a defesa levantou a tese de que houve consentimento na relação sexual:

“No mérito, alegam que as relações sexuais foram consentidas e com total discernimento da vítima para decidir encontrar-se mais de uma vez com o paciente e, ainda, que não é justo considerar que o crime foi continuado para o fim de aumentar a pena” (BRASIL, 1997b, p. 522).

O relator Maurício Corrêa proferiu voto acolhido com unanimidade pela Turma, mantendo a presunção de violência. Ele apenas repete o constante na decisão impugnada pelo *habeas corpus*, revelando uma situação com caracterização similar ao caso n. 4 (1996):

“Quanto à alegação do consentimento da vítima, opõem-se a ela a fundamentação do acórdão, no sentido de que o paciente exercia renitente procedimento dissuasório sobre a vítima, ao ponto de ir procura-la na escola onde estudava, não obstante ser homem casado, por todos conhecido. Em tais casos opera-se a presunção de violência prevista no art. 224, *a*, do Código Penal para tipificar o delito previsto no art 213 do mesmo Código, sem que isto revele exagero na aplicação da norma” (BRASIL, 1997b, p. 525).

Em relação à continuidade delitiva, considera-se que a ocorrência de diversas relações sexuais com a vítima são caracterizadas como diferentes ocorrências de estupro.

3.1.7 Caso 7: HC 76246-1 MG 1998

No sétimo caso (BRASIL, 1998) é possível observar uma mudança jurisprudencial na 2ª turma. O relatório considera como informação relevante o fato da vítima, de 13 anos, ter se envolvido sexualmente com o acusado (que era pedreiro, com a idade não especificada pelos ministros) em uma festa, e que tinha feito sexo com o acusado porque estava embriagada. A argumentação da defesa era baseada no precedente criado pelo primeiro HC, em que o desvio da vítima em relação à moral e aos bons costumes justificaria a supressão da presunção de violência. A defesa alegou que “a pretensa vítima, menor de 14 anos, “consentiu em manter relações sexuais com o paciente e já se relacionou sexualmente com vários outros homens” (BRASIL, 1998, p. 826). A vítima, por sua vez, depôs em juízo e declarou que “anuiu em acompanhar o denunciado, pois achava-se embriagada, e que, antes de manter relações suas com o denunciado já havia tido congresso carnal com seu antigo namorado, e que não sofreu qualquer constrangimento por parte do denunciado, tendo com ele se relacionado inteiramente por sua livre e espontânea vontade” (BRASIL, 1998, p. 826).

O 1º caso, de 1996, foi citado aqui como jurisprudência favorável ao acusado. De fato, as duas situações guardam algumas similaridades: relacionamentos casuais e

depoimentos de vítimas expressando textualmente que não houve abuso – assim como alguns fatores que tornam a situação dúbia.

Essas similaridades tiveram reflexo nos votos dos ministros que, em grande parte, repetiram seus entendimentos do 1º caso. O Ministro Carlos Velloso, por exemplo, reafirmou que

“A afirmativa no sentido de que a menor era leviana não me parece suficiente para retirar-lhe a proteção da lei penal. Leviana talvez o seja, porque imatura, não tem, ainda, condições de discernir livremente. Uma menina de doze anos está, indiscutivelmente, em formação, não sabe ainda querer.” (BRASIL, 1998, p. 833).

Ele faz, novamente, referência ao art. 227 da Constituição Federal, reforçando a sua posição de que a manutenção da presunção de violência é uma consubstanciação de Direitos da Criança, e faz também uma alusão aos clamores da sociedade civil contra a exploração sexual de menores e prostituição infantil:

“Hoje, sabemos todos, a imprensa noticia, organizações não governamentais nacionais e internacionais reclamam do governo brasileiro medidas e providências rigorosas contra a prostituição infantil, contra a exploração sexual de menores. A norma inscrita no parágrafo 4º do art. 227, da Constituição Federal – ‘a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente’ – determinação ao legislador e roteiro para o intérprete, indica que se deve emprestar à proteção ao menor, inscrita no art. 244, a, do Código Penal, a maior amplitude” (BRASIL, 1998, p. 834).

O posicionamento do Ministro Velloso vai, portanto, na irrelevância do consentimento da vítima como uma medida de proteção, correlata ao dever que as pessoas adultas teriam “de abstenção da prática da conjunção carnal com jovens menores de 14 anos” (BRASIL, 1998, p. 838). Sua justificação é um pouco mais refinada. Ao invés dos hormônios incontroláveis usados como justificativa no 1º caso, agora fala-se de “maturidade psico-ética, com a livre determinação no plano das atividades sexuais, que (...) dificilmente existe numa pessoa de 13 anos” (BRASIL, 1998, p. 839).

A possibilidade da compleição física afastar a presunção, entretanto, ainda não é de todo descartada. O Ministro resume-se a dizer que “nada restou comprovado” na sentença de primeiro grau, razão pela qual não deve ser analisada no caso (BRASIL, 1998, p. 839).

Embora, no primeiro HC, o Ministro Marco Aurélio fizesse o seu entendimento prevalecer por três votos contra dois contrários na turma, aqui ele foi voto vencido. Enquanto os ministros que tinham votado contra a concessão do *habeas corpus* tenham

reafirmado seus argumentos da irrelevância jurídico-penal do consentimento da vítima, o Min. Maurício Corrêa mudou seu entendimento. Sua nova base argumentativa foi apoiada pela literalidade do dispositivo do art. 224, a do Código Penal, não deixando espaço para a relativização:

“Não vejo como (...) sustentar a tese de que a facilitação por parte da vítima menor de 14 anos, para que se realize o ato de conjunção carnal, não elide a figura do reconhecimento presumido. Por isso mesmo, senti-me (...) de repensar a tese, como faço agora, para admitir presunção de violência quando praticada contra menor de 14 anos. Na espécie, a vítima é menor de 14 anos, portanto se enquadra na hipótese do tipo penal.” (BRASIL, 1998, p. 841).

Já o Ministro Marco Aurélio, além de considerações sobre a moral da vítima, aponta que o art. 224 não apresenta uma tipificação separada, reafirma que o núcleo do tipo penal é o constrangimento à mulher (BRASIL, 1998, p. 843), que ele considera ausente na situação. Apesar de fazer algumas alusões à moral da vítima, sua principal argumentação é no sentido do erro de tipo. É interessante notar como a opinião do Ministro muda de foco sem, necessariamente, mudar de entendimento. Enquanto no 1º caso a questão da vítima aparentar ser mais velha era uma questão secundária diante de sua moral dissoluta, dois anos depois esse torna-se o principal argumento, deixando os julgamentos a respeito da moral sexual da vítima implícitas ao longo de sua argumentação.

“Peço vênias àqueles que me antecederam para dizer que o Paciente merece a mesma sorte que teve, nesta Turma, o paciente do HC n 73.662. A diferença está apenas na qualificação: no primeiro, tratava-se de um encanador e, no caso concreto, temos um pedreiro, um homem, portanto, que se presume não seja de escolaridade maior, a ponto de se acautelar e, antes de manter, com a concordância da mulher, a relação sexual, pedir a identidade para saber a sua faixa etária. Peço vênias (...) para divergir e concluir – havendo ficado comprovada a vida dissoluta da moça; havendo ficado comprovado que o Paciente não teve ideia de estar se relacionando com uma mulher menor de catorze anos, bem como a concordância desta, no sentido de conceder a ordem” (BRASIL, 1998, p. 845).

É a primeira vez, portanto, que mantém-se a presunção de violência a despeito da *moral dissoluta* da vítima.

3.1.8 Caso 8: HC 81268-6 DF 2001

Neste caso, (BRASIL, 2001) a vítima e o acusado – ela com 13, ele com 20 anos de idade – já namoravam há dois anos quando resolveram manter relações sexuais. O relatório faz referência à sentença absolutória de 1º grau:

“No caso sob exame, pelo que emerge d prova dos autos, especialmente nas declarações da ofendida e do acusado, percebe-se facilmente que a violência ou a grave ameaça não ocorreram e que o dissenso [sic] por parte da vítima não existiu. (...) A prova colhida está a demonstrar que n realidade a suposta vítima manifestou anuência à prática das relações sexuais, não era ao tempo do fato ingênua, mas, ao contrário, plenamente informada a respeito do sexo”. (BRASIL, 2001, p. 275-277.)

Já o acórdão do TJDFt dá ainda mais detalhes sobre a relação entre vítima e acusado:

“Quando mantiveram a 1ª relação sexual ele tinha 20 (vinte) e ela 13 (treze) anos de idade e a relação somente ocorreu após quase 2 (dois) anos de namoro, conforme o depoimento de ambos. C. foi enfática em seus dois depoimentos, na delegacia e em juízo, afirmando sempre e com uma segurança enfatizada pelo juiz e desembargadores em seus julgados, que nunca foi forçada a manter relações sexuais com seu namorado de, repita-se, quase dois anos! (...) C., como qualquer ser humano que namora a [sic] algum tempo, desenvolveu a intimidade, o conhecimento e a vontade de se relacionar sexualmente com seu namorado. E se relacionou, não uma, mas diversas vezes, como ela mesma afirma em seus depoimentos. Estamos diante de um caso singular em que um casal de namorados que manteve relações sexuais por ambos desejadas e consentidas, são erigidos à condição de estuprador e vítima de estupro” (BRASIL, 2001, p. 277-278).

Depois de tantas manifestações de opinião veementes, embora as duas primeiras instâncias tenham absolvido o acusado, o Ministério Público continuou recorrendo, até obter a condenação no STJ, que originou o *habeas corpus*.

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo indeferimento da ordem, utilizando-se de argumentos tanto formais – de que o julgador não pode negar aplicação a texto expresso de lei (BRASIL, 2001, p. 279) – quanto psicológicos, de que a pessoa de 13 anos não teriam atingido um estado de maturidade psicológica suficiente para consentir sexualmente (p. 280). Ele menciona também o entendimento de Nelson Hungria, de acordo com o qual a única exceção para o caráter absoluto da presunção de violência seria “quando se trata de prostituta de porta aberta” (BRASIL, 2001, p. 281).

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence, da 1ª turma, manteve a condenação com unanimidade. Seus argumentos são, em grande parte, transcrições da decisão do STJ e de votos anteriores sobre o assunto. Primeiramente, ele reafirma que a condenação do estupro com presunção de violência impõe “um dever geral de abstenção de relações sexuais, imposto aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade” (BRASIL, 2001, p. 282), e diferencia a inocência do mero conhecimento sobre o ato sexual, uma vez que o primeiro estaria relacionado à capacidade psicoética de consentir. Ele reforça o caráter protetivo dos direitos das crianças, ao enuncia que

“A honestidade da vítima não é, nem poderia ser, requisito para o crime. (...) Se a legislação, como um todo, protege inclusive prostitutas, procurando impedir a exploração, a submissão, etc., se a legislação, bem assim, através do Estatuto da Criança e do Adolescente procura dar uma proteção mais ampla às crianças e aos adolescentes, então, carece de amparo jurídico entender-se, como algo penalmente indiferente, o ato sexual praticado com crianças” (BRASIL, 2001, p. 282-283).

De acordo com o Ministro, apenas o erro de tipo ainda seria apto a afastar a presunção de violência – e, como este não era o caso em pauta, deveria o acusado ser condenado.

“Portanto, a ofendida, no feito sob exame, poderia ter sido, e foi, vítima de estupro ficto. O seu consentimento não era válido e o réu não deveria ter mantido, com ela, a conjunção carnal. Sabia que era menor e acabou aproveitando-se das circunstâncias. (...) Ocorreu, inclusive, a continuidade delitiva...” (BRASIL, 2001, p.284)

O Ministro só lamentou, ao final, que a pena mínima do estupro é igual a do homicídio, mas que não caberia ao julgador mudá-la a força. Mas fica a dúvida sobre o tipo de interpretação um pouco seletiva da proteção da criança: existiria uma proteção contra a *exploração sexual* da criança, conforme o comando constitucional, ou apenas uma proteção da *pureza sexual*?

3.1.9 Caso 9: HC93.2631 RS 2008

Passados 7 anos desde o último pronunciamento da Corte sobre o assunto, o próximo caso a ser trazido para a 1ª turma (BRASIL, 2008a) foi o de uma adolescente de 13 anos que engravidou de relações sexuais mantidas com um padrasto, cuja idade não foi especificada. A defesa do acusado alega, em síntese:

“que a presunção de violência seria relativa e deveria ser afastada no caso dos autos pois: (...) a relação sexual teria sido consentida, e não haveria informação alguma no sentido de que, ao tempo dos fatos, a vítima não teria capacidade de se determinar conforme suas ações; o Paciente teria tido um relacionamento anterior com a mãe da vítima, mas esta não teria demonstrado ‘qualquer temor reverencial’ em razão disso, e que se deve dar ‘o valor devido ao depoimento’ da vítima, que teria afirmado que o seu desejo não seria a punição do Paciente, mas, isto sim, que ele pudesse ajudar na criação do filho que nasceu em razão do ato sexual” (BRASIL, 2008a, p. 953).

Novamente há a invocação do 1º caso de 1996 como jurisprudência favorável ao acusado, e ele requer a absolvição por falta de provas.

A Ministra Carmen Lúcia considerou que o consentimento da vítima, ou eventual experiência anterior, não elidem a presunção de violência, e rejeita o uso do HC 73662 como precedente, uma vez que a reinterpretção jurisprudencial do 1º caso fez com que ele fosse uma referência para o erro de tipo, sem evidenciar o alto conteúdo de condenação moral que preencheu grande parte de suas páginas.

Quando à alegação de que não há como provar que a menina não tinha capacidade de consentir, pela primeira vez é aventada a possibilidade de provar que a vítima era, sim, capaz de consentir:

“Assinale-se, por fim, que a constatação de eventual erro quando à idade da vítima, assim como a análise do pedido subsidiário, no sentido de que o Paciente seja absolvido por falta de provas suficientes para a condenação, demandariam profundo revolvimento de fatos e provas que permeiam a lide, ao que não se presta procedimento sumário e documental do *habeas corpus*” (BRASIL, 2008a, p. 957) (grifo meu).

Já o ministro Marco Aurélio, sabendo-se vencido, concederia parcialmente a ordem:

“Concedo parcialmente a ordem porque, para concluir no sentido da ocorrência do estupro como crime hediondo²², levo em conta a conjugação prevista na lei n. 8072/90, a exigir – sob a minha óptica e sustentei isso no Plenário – a violência real, não apenas a violência presumida, muito menos quando a própria vítima revela haver querido o ato sexual.” (BRASIL, 2008a, p. 958)

3.1.10 Caso 10: HC 94.818-9 MG 2008

Este é o primeiro caso com uma vítima de 11 anos (BRASIL, 2008b). Não há detalhes sobre a idade do acusado ou o tipo de relação entre a vítima e o acusado – fora a alegação de que fora consentida: “O impetrante alega que o paciente e a adolescente mantiveram relações sexuais consentidas nos anos de 1999 e 2000, sendo que a presunção de violência é relativa, e não absoluta, não configurando o crime de estupro” (BRASIL, 2008b, p. 720).

A ministra Ellen Gracie denegou a ordem de *habeas corpus*, concordando com o juiz de primeiro grau, que representou a situação da seguinte forma:

“Ora, na época dos fatos, a vítima, que contava com apenas 11 (onze) anos de idade, e, embora já tivesse uma compleição física avantajada para sua idade, conforme afirma a própria mãe, era apenas uma criança completamente inocente, criada no Distrito de C., na zona rural distante da sede do Município de C., sem nenhuma formação que a levasse à capacidade de consentir, nada sabendo sobre coisas do sexo, conforme se deduz de suas declarações prestadas no procedimento policial e em juízo, onde deixa transparecer que, ao se entregar sexualmente para satisfazer a lascívia de outrem, não estaria praticando nenhum ato censurável, como se fosse uma coisa completamente normal, circunstância que demonstra que não dispunha de capacidade para consentir” (BRASIL, 2008b, p. 723).

²² Crimes hediondos são aqueles constantes na lei 8072/90. Entende-se que são os crimes que tem maior nível de reprovabilidade social, pois as condições de cumprimento da pena pela prática deles tem restrições maiores do que a de outros crimes. Na época do julgamento, o crime de estupro, constante no art. 213 do Código Penal, era o único dos crimes de caráter sexual que recebeu o tratamento de crime hediondo. Após a mudança de 2009, o estupro de vulnerável também passou a integrar esta categoria.

Apesar de ausente a transcrição direta do depoimento da vítima, impedindo a visualização de mais detalhes de sua situação, é possível vislumbrar a multiplicidade de interpretações jurisprudenciais sobre um mesmo fato. A naturalidade com a qual a vítima fala sobre sexo, aqui interpretada como o maior sinal de sua inocência, já foi interpretado pelo Ministro Marco Aurélio como um sinal de mudança dos costumes. Vale a pena recapitular a fala do ministro no 1º caso: “Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de forma espontânea, quase natural” (BRASIL, 1996a, p. 317).

Com as devidas reservas geradas pela seletividade das informações apresentadas, assim como da mudança das orientações jurisprudenciais do STF, é possível traçar um paralelo entre os dois casos. O presente caso diferencia-se do primeiro não só pela diferença de idade da vítima – que é, afinal, só de um ano – mas também pelo fato de termos a mãe fazendo a defesa da inocência da filha. A partir dessa defesa há uma leitura que transforma até mesmo as características desviantes em marcadores de inocência. A compleição física é vista como uma fatalidade sobre a qual a menina não tem controle algum, e mesmo a naturalidade em lidar com o sexo é utilizada como prova de sua incapacidade de consentir. Diante de discursos de crianças que veem o sexo com naturalidade, o depoimento da mãe tem o condão de transformá-la em uma narrativa de inocência, enquanto a ausência de uma defensora da honra pode transformar esses mesmos fatos em indicadores de corrupção moral.

3.1.11 Caso 11: HC 99897 PR 2009

No décimo primeiro caso (BRASIL, 2009a), a relação entre vítima, de 13 anos, e acusado sem idade definida deste processo foi descrita como afetiva, “um verdadeiro romance” (BRASIL, 2009a, p. 487). Isso não impediu que, em primeira instância, ele fosse condenado com a pena-base exacerbada em virtude da tenra idade e aspecto físico frágil da vítima. O fato de ter tido um relacionamento afetivo com a vítima foi qualificado como algo negativo, aumentando a pena em razão de maior culpabilidade nos seguintes termos: “Ademais o réu manteve verdadeiro romance com a vítima, aproveitando-se da sua inexperiência e imaturidade” (BRASIL, 2009a, p. 487). A defesa alegou, além da relatividade da presunção de violência em razão da maior informação que as jovens teriam nos tempos modernos e do relacionamento da vítima com o acusado, que a majoração da pena seria considerada excessiva, uma vez que os motivos

já estariam contidos dentro do tipo penal. O Tribunal absolveu o réu, levando em consideração a relação afetiva que mantinha com a vítima:

“O TJ/PR o absolveu, no julgamento da apelação, sob o fundamento de que a presunção de violência do estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é relativa. Afirmou-se, no caso, que a vítima teria condição física e psicológica para consentir na prática da relação sexual, além de existir afetividade entre ela e o paciente” (BRASIL, 2009a, p. 485).

A condenação, porém, foi mantida após a apreciação da questão pelo STJ, o que motivou a impetração do Habeas Corpus perante o STF. Na impetração, fala-se diretamente na mudança de costumes:

“A impetrante alega que o direito deve ser interpretado em sintonia com a realidade. Assim, se na década de quarenta uma criança de treze anos realmente poderia ser considerada inocente para o início da vida sexual, a mesma conclusão não pode ser aceita em tempos modernos, onde a globalização fomenta a divulgação do conhecimento e de informações, em especial aquelas relacionadas ao comportamento sexual dos jovens e adolescentes brasileiros. Afirma que a presunção de violência prevista no art. 224 “a” do Código Penal é relativa, devendo, no caso concreto, ser afastada” (BRASIL, 2009a, p. 485).

O Ministro Eros Grau afastou em poucas linhas o argumento da relatividade da presunção de violência: “Ambas as Turmas desta Corte pacificou [sic] o entendimento de que a presunção de violência de que trata o art. 224 ‘a’ do Código Penal é absoluta” (BRASIL, 2009a, p. 487).

Quanto à análise de culpabilidade, o acórdão recorrido havia considerado que o porte físico frágil e tenra idade da vítima eram motivos para o acréscimo de 4 meses na pena. O Ministro Eros Grau, nesse sentido, considerou que essas considerações eram íncitas do tipo penal, causando a ocorrência de *bis in idem*²³:

“Tenho, em relação à análise da culpabilidade, por incabível o acréscimo (...) [pois] o emprego de violência presumida caracteriza o tipo penal. Também não serve à exasperação da pena afirmações a respeito da tenra idade da vítima e do seu porte físico, muito menos de que o réu aproveitou-se da inexperiência e imaturidade dela. Circunstâncias dessa ordem são íncitas ao tipo penal.” (BRASIL, 2009a, p. 488)

O que se pode depreender dessa decisão é que há uma certa ambiguidade da jurisprudência em relação à inocência, ainda: embora admita-se plenamente que haja presunção de violência mesmo quando a vítima não é inexperiente, inocente ou tem o corpo desenvolvido, essas características ainda foram consideradas como inerentes ao tipo penal. Desta forma, o HC foi concedido parcialmente.

²³ *Bis in idem* é uma expressão do latim que quer dizer, aproximadamente “dois do mesmo”. É uma redundância jurídica. No caso em questão, as características da vítima, que tinham sido usadas como agravantes, já eram características do próprio tipo penal. Essa majoração da pena significaria, portanto, punir o acusado duas vezes por um mesmo fato.

3.1.12 Caso 12: HC 101.456 MG 2010

O caso (BRASIL, 2010) foi descrito com bastante concisão – não se sabe sequer as idades da vítima e do acusado. Também não há outros detalhes a não ser o fato da defesa pedir o afastamento da presunção de violência em razão da vítima ter discernimento e experiência para consentir na prática de relação sexual (BRASIL, 2010, p. 1184-1185).

Aqui há, pela primeira vez, referência à mudança legislativa de 2009, que, de acordo com o Min. Eros Grau, seria uma consolidação legal da jurisprudência do STF, no sentido da presunção de violência ser absoluta. O voto conta com apenas dois parágrafos, transcritos integralmente abaixo:

“Ambas as Turmas desta Corte pacificaram o entendimento de que a presunção de violência de que trata o art. 224, ‘a’ do Código Penal é absoluta (...) A figura de violência presumida foi eliminada pela Lei n. 12.015/2009. Assim, a simples conjunção carnal com menor de quatorze anos é suficiente à configuração do crime de estupro. Não se há mais que perquirir se houve ou não violência. A lei consolidou de vez a jurisprudência desta Corte. Denego a ordem” (BRASIL, 2010, p. 1186).

3.1.13 Caso 13: HC 97052 PR 2011

No décimo terceiro caso (Brasil, 2011a) também não há detalhes do caso, afora o fato da defesa do acusado (cuja idade não consta no acórdão) ter alegado o consentimento da vítima, que contava com 13 anos na época do fato. A incapacidade de consentimento da vítima é reforçada pelo depoimento da mãe, considerado relevante pelo juízo de 1º grau:

“Na medida em que a vítima tinha tão somente treze anos de idade no dia do fato, (...) está-se diante de hipótese de violência presumida nos termos do disposto no art 224, alínea ‘a’ do Código Penal, cuja proteção jurídica aos adolescentes menores de catorze anos de idade tem fundamento na “innocentia consilii”, ou seja, na completa falta de insciência quanto às coisas do sexo, sendo o seu consentimento desprovido de validade jurídica. Não restou demonstrado nos autos que a vítima era experiente em assuntos de natureza sexual ou que levava vida dissoluta, era despudorada corrompida ou dotada de liberdade de costumes, tendo a sua genitora declarado que sequer deixava a sua filha ir a festas e bailes e, pelo que sabia, nunca havia tido namorado, inexistindo qualquer suporte probatório que autorize o reconhecimento de sua capacidade de entendimento e auto-determinação no que se refere à prática sexual” (BRASIL, 2011a, p. 17).

Mesmo que a jurisprudência do STF tenha se afastado cada vez mais da utilização de critérios morais para a relativização da presunção de violência, a primeira instância continua trazendo argumentos de inocência, que foram considerados importantes pelo Ministro Relator Dias Toffoli a ponto de ocupar uma parte considerável de seu voto.

Enquanto o relator citou a jurisprudência e a moralidade da vítima para denegar a ordem de HC, o Ministro Marco Aurélio foi voto vencido, e limitou-se a repetir grandes trechos do seu posicionamento do primeiro caso, de 1996, ironizando: “Reporto-me ao voto que proferi no célebre caso, na Segunda Turma, para conceder a ordem. E, se diante de situações concretas, se der à presunção de violência caráter absoluto, as prisões brasileiras não serão suficientes para custodiar todos os envolvidos com menores (BRASIL, 2011a, p. 19).

3.1.14 Caso 14: HC 109206 RS 2011

O décimo quarto caso (BRASIL, 2011b) apresenta um quadro de exploração sexual de crianças, e confronta-se novamente com a problemática do erro de tipo. , em que o acusado manteve relações sexuais mediante paga com a vítima de 12 anos. De acordo com a denúncia do Ministério Público:

“ No Mês de maio de 1006, em horário incerto, e, posteriormente, no dia 13 de julho de 2006, (...) os denunciados A. e M., em comunhão de vontades e conjugação de esforços, mediante violência presumida, constrangeram a adolescente B., 12 anos de idade, à prática de conjunção carnal”(BRASIL, 2011b, p.4).

M. facilitou a prostituição apresentando a adolescente ao denunciado, que manteve relações sexuais com a vítima por R\$70,00. O evento se repetiu no próximo mês (mas sob um valor menor, apenas de R\$50,00), mas o Conselho Tutelar e a Brigada Militar foram notificados. Eles conseguiram localizar a vítima, embora o acusado tenha fugido, e a perícia médica confirmou a presença de espermatozoides na cavidade vaginal (BRASIL, 2011b, p. 4).

O acusado alega que a menina aparentava ser bem mais velha e dissera ter 18 anos de idade, além de ser experiente sexualmente. Em juízo, ele alegou a atipicidade da conduta e erro de tipo. Ele foi absolvido na primeira e segunda instâncias, nos seguintes termos:

“A Juíza de Direito da Comarca de L. acolheu a tese de atipicidade da conduta, sob o fundamento de que a vítima, então com 12 (doze) anos de idade, aparentava, por sua compleição física, ter idade superior, além de possuir discernimento necessário para consentir na relação sexual” (p. 4). o STJ proveu um recurso do Ministério Público e condenou o acusado, alegando a irrelevância penal do consentimento da vítima e experiência anterior. Agora impetrantes, o acusado alega que a conduta é atípica por ausência de dolo, uma vez que a vítima alegara ter 18 anos por seu porte físico.

Como lidou o STF com a última hipótese considerada de relativização da presunção? O Min. Relator, Luiz Fux entende como pacificada a jurisprudência do STF no sentido de ser absoluta a presunção de violência no estupro de menor de 14 anos. Ele admite que a tese de erro de tipo mereça ser analisada, mas considera que envolve análise probatória incompatível com o instrumento do *habeas corpus*, sendo essa a razão para o seu indeferimento. Já o Min. Marco Aurélio é voto vencido novamente, alegando que o caso seria de condenar alguém por crime doloso por presunção, o que não seria possível.

3.1.15 Caso 15: HC 105558 PR 2012

No décimo quinto caso (BRASIL, 2012), o acusado, cuja idade não é considerada relevante pelos ministros e ministras, era padrasto da vítima. Ela alega, em seu depoimento, que o acusado cometeu diversas instâncias de estupro e atentado violento ao pudor quando a vítima tinha entre 10 e 12 anos, ameaçando machucar a mãe e a irmã caso a vítima não fizesse a sua vontade. O acusado alega, em sede de HC, que

“[não se trata de] um caso clássico de estupro, seja praticado com violência real ou presumida. A suposta vítima já havia mantido relações sexuais com outras pessoas. Afirma que a vítima estaria mentindo para afastar o padrasto de sua mãe, o que estaria corroborado por depoimentos de testemunhas, pedindo a absolvição e a relativização da presunção de violência no caso concreto.” BRASIL, 2012, p. 3)

Na argumentação do acusado encontra-se não só parâmetros de inocência para configurar a presunção de violência, mas também o recurso aos estereótipos da criança mentirosa que Morgado (2012, p. 98) afirma ser um recurso muito utilizado na defesa de acusados de abuso sexual incestuoso, mas que não tem respaldo na realidade.

A Min. Relatora Rosa Weber, em voto unânime, denegou o *habeas corpus*. Ela enfrentou a alegação de que haveria falta de prova através da referência de laudos periciais de exame de conjunção carnal (BRASIL, 2012, p. 12), mas, principalmente, da robusta prova testemunhal, com ênfase no testemunho da vítima. Neste caso, a seriedade com que foram tratadas as declarações da vítima foram explicadas da seguinte forma:

“Neste aspecto, convém reforçar a importância de seu depoimento que, mormente pela tenra idade, narra os fatos fidedignamente, sem ilações ou invencionices, revelando o dolo do agente em realizar as condutas descritas na norma. Ademais, em se tratando de crimes contra os costumes, cometidos, no mais das vezes, às escondidas, a palavra da vítima ganha proeminência, na busca pelo esclarecimento dos fatos” (BRASIL, 2012, p. 8) (grifo meu).

É interessante notar como o estereótipo da criança mentirosa está presente mesmo quando o depoimento da vítima é valorizado, porque ainda é contrastado com o paradigma negativo associado aos depoimentos de crianças.

A Ministra Rosa Weber denegou a ordem de *habeas corpus* em virtude da impossibilidade de um exame e valoração aprofundada das provas (BRASIL, 2012, p. 9), mas tratou brevemente da questão do consentimento, também. Além de fazer referência à jurisprudência consolidada da Corte a mudança legislativa de 2009 é novamente mencionada: “E a legislação posterior, inaugurada pela lei 12.015/2009, sepultou a questão jurídica, tipificando, como estupro de vulnerável (art. 215 –A), a prática, com ou sem violência ou ameaça, de conjunção carnal ou de ato libidinoso com menor de 14 anos.”(BRASIL, 2012, p. 10).

Ela continua:

“Ademais, de todo inapropriada a defesa apresentada considerando que a vítima teria tenos dez anos de idade quando iniciaram os abusos sexuais. Não creio que se possa qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz”(BRASIL, 2012, p. 10).

Enquanto ela enunciou, nos parágrafos anteriores, o caráter absoluto da presunção de violência independente de outras circunstâncias alheias à idade da vítima, essa manifestação da ministra é especialmente interessante. Afinal, se o limite legal e absoluto é de 14 anos, parece ainda reconhecer a possibilidade de alguma dúvida, por mínima que seja.

3.1.16 Caso 16: HC 111.159 BA 2013

Os detalhes do caso não são explicitados no décimo sexto *habeas corpus* (BRASIL, 2013a), que não conta sequer com a idade da vítima e do acusado. O consentimento e a compleição física da vítima são aventados como fatores que levariam à relativização da presunção de violência, mas o principal questionamento (que foi deferido) era o da fixação do regime fechado em *virtude* de tratar-se de crime hediondo, questão que tinha sido relativizada pela Corte anteriormente²⁴.

²⁴ Ao julgar o HC 111.840/ES (Pleno, Min. Dias Toffoli) o STF, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade o parágrafo 1º do art 2º da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), com a

O posicionamento unânime do Ministro Relator Teori Zavasci foi no sentido de simplesmente reafirmar a jurisprudência do STF (e também do STJ) sobre matéria:

“Esse entendimento [do STJ], aliás, é consentâneo com a jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, que reafirmou, por diversas vezes, o caráter absoluto da presunção de violência no crime de estupro praticado contra menor de catorze anos, sendo irrelevantes para tipificação do delito o consentimento ou a compleição física da vítima” (BRASIL, 2013a, p. 5).

3.1.17 Caso 17: HC 119091 SP, 2013

O caso mais recente (BRASIL, 2013b) é o de um acusado de 57 anos que se relacionava sexualmente com uma menina de 12, dando a ela dinheiro e cestas básicas para ajudar a sua família em troca dos favores sexuais prestados. Em sua defesa, alega que a vítima, por ter tido um namorado à época, com o qual manteve relações sexuais e engravidado, não seria mais inocente, embora sua moral não pudesse ser considerada dissoluta.

O acusado foi condenado na primeira instância, mas teve a decisão reformada pela Quinta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos seguintes termos:

“E, no caso, a própria vítima, tanto na fase policial como em juízo, disse que ia até a casa do réu para manter relações sexuais com ele, pois, em todas estas oportunidades, recebia cestas básicas e dinheiro, para ajudar a família, frisando que nunca foi ameaçada, agredida ou obrigada por ele ao sexo, e que ele nunca foi violento nem lhe causou nenhuma lesão, tanto que ia ao encontro dele com tal intuito, de obter ajuda financeira (...). Diante disso, ainda que não se possa afirmar que a vítima era corrompida ou dissoluta, a verdade é que a sua conduta não retrata um quadro de inocência, que é o bem jurídico tutelado pela lei, pois, ao tempo em que ia ao encontro do apelante para manter relações sexuais com ele, sabendo até que era casado, fazia o mesmo com o namorado, de quem, inclusive, concebeu um filho” (BRASIL, 2013b, p. 4).

A inocência é elencada explicitamente como o bem jurídico protegido e, embora o julgador não tenha considerado a conduta da vítima explicitamente como imoral, atribui-lhe a responsabilidade de corromper a fidelidade do acusado, uma vez que sabia que ele era casado. Em resumo, o tribunal afasta a presunção de violência em razão da vítima já ter conhecimento sobre assuntos sexuais, mas não reconhece a violência real que é a situação de fragilidade econômica na qual a criança estava envolvida.

redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007. Isso significa que foi afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos equiparados (BRASIL, 2013a, p.2). Essa jurisprudência foi aplicada ao caso.

Em pronunciamento unânime, a Min. Relatora Carmen Lúcia ressaltou que a presunção é absoluta, com ampla base jurisprudencial tanto do STJ quanto do STF, e frisou que o fato de a vítima manter relações sexuais por dinheiro e comida era um sinal ainda maior de vulnerabilidade, independente da idade, como ressalta ao citar a Ministra Marzila Maynard:

“Cumpre esclarecer, ainda, que a conduta descrita na hipótese dos autos comporta maior reprovabilidade, porquanto, consoante bem asseverado, tanto na sentença quanto no próprio acórdão absolutório, a vítima foi motivada à prática dos atos sexuais mediante pagamento em dinheiro, além de ajuda com alimentos e cestas básicas. A situação ressalta, portanto, a vulnerabilidade de que acometida, independente da idade” (BRASIL, 2013b, p. 21-22).

3.2 Panorama e tendências jurisprudenciais

Pelo panorama geral apresentado, pode-se perceber um movimento claro da jurisprudência do STF no sentido de considerar absoluta a presunção de violência. Esse posicionamento veio a ser confirmado pela lei penal posterior, com a reforma de 2009, fato que chega a ser mencionado em processos após essa data (mesmo que a legislação aplicada a fatos passados continue sendo a anterior). Afinal, foi apenas em um número mínimo que o *habeas corpus* foi concedido, conforme demonstra a figura 1.

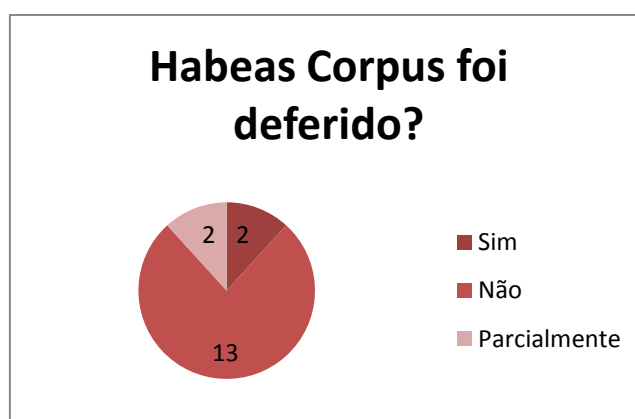


Figura 1 - Resultado dos 17 Processos analisados

Em verdade, foi apenas no Caso 1 que o *habeas corpus* foi realmente deferido – no caso 5 ele foi indeferido, mas concedido de ofício em virtude do casamento da vítima com terceiro, que era causa de extinção de punibilidade para os crimes sexuais de

violência ficta, mas, como o resultado final foi a concessão de um *habeas corpus* e a soltura do réu, considera-se, para os fins do trabalho, que ele foi concedido.

Nos outros dois casos em que houve concessão parcial, um deles dizia respeito a aumentos de pena que resultavam em *bis in idem*. No caso 11, o juiz de instância inferior considerou que o porte físico infantil da vítima era uma circunstância desfavorável ao acusado, tese que foi rejeitada pelo Ministro Eros Grau por ele acreditar que “violência presumida, tenra idade, porte físico precário e imaturidade dizem respeito ao tipo penal, sendo incabível o acréscimo de quatro meses a título de circunstâncias jurídicas desfavoráveis” (BRASIL, 2009a, p. 483). Já no caso 16, o objeto da concessão parcial era a fixação do regime inicial, uma vez que havia jurisprudência do STF declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos (BRASIL, 2013a, p. 2).

Todos os outros casos, portanto, resultaram na manutenção da condenação do acusado, e na reafirmação do caráter absoluto da presunção de violência, independentemente das circunstâncias apresentadas pela defesa.

O fato do caso 1 ser uma minoria em termos de resultado não significa, necessariamente, que não tenha tido grandes projeções no âmbito jurídico – basta notar que, dos 16 casos seguintes, metade deles baseava-se explicitamente no HC 73662-9 e sua argumentação para fundamentar o *habeas corpus*, conforme a Tabela 1 ilustra:

Ano	Caso:	Referência direta ao Caso 1
1996	2	sim
	3	sim
	4	sim
1997	5	sim
	6	não
1998	7	sim
2001	8	sim
2008	9	sim
	10	não
2009	11	não
2010	12	não
2011	13	não
	14	Sim
2012	15	Não
2013	16	Não
	17	Não

Tabela 1 – Referência direta ao Caso 1 nos casos seguintes, em relação ao ano.

As referências ao caso favorável à relativização da presunção de violência concentram-se no período anterior à mudança da legislação, que ocorreu em 2009 e veio a consolidar o caráter absoluto da presunção. Embora a legislação aplicável aos casos seja aquela da época dos fatos – ou seja, até 2013, estavam sendo julgados fatos ocorridos antes de 2009 – mas apenas um caso faz referência ao HC 73662-9 após essa mudança. Os dados são insuficientes para apontar uma causalidade entre a mudança legislativa e o abandono do precedente inicial e seus argumentos para a relativização da presunção da violência, assim como o declínio do uso desse precedente no âmbito do Supremo Tribunal Federal também não significa que ele não possa ser mais prevalente nas instâncias inferiores, que não foram analisadas no presente trabalho.

De qualquer forma, mesmo que o primeiro caso fosse utilizado como jurisprudência inúmeras vezes, predominou a visão de que a presunção de violência seria absoluta, independente da grande diversidade de relações que eram judicializadas, como se pode observar na figura 3:

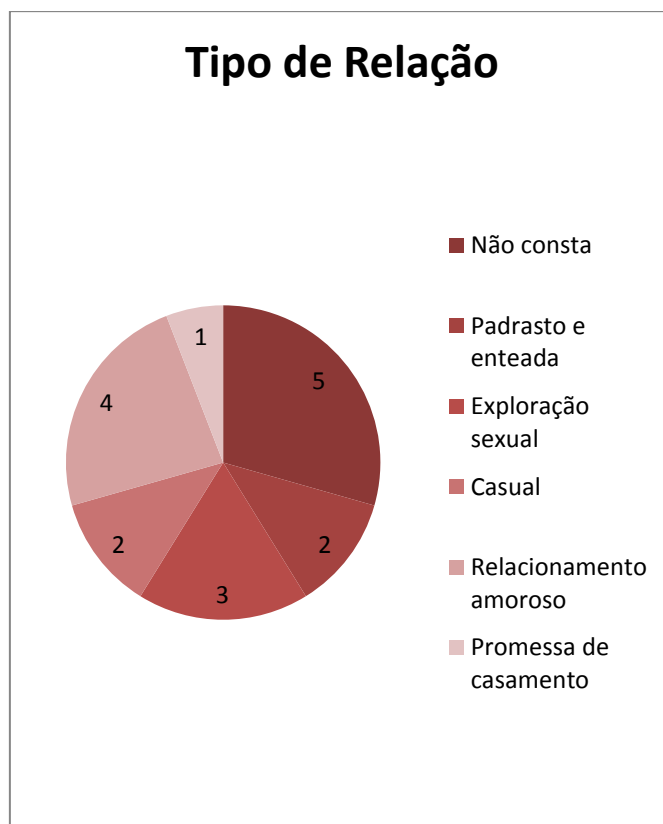


Figura 2 - Tipo de relação mantida entre o acusado e a vítima de estupro com presunção de violência

Há uma considerável variedade na classificação do contato sexual ocorrido entre vítima e acusado. Há um número considerável de casos em que o STF

não considerou relevante mencionar a exata natureza do relacionamento ora criminalizado, apontando para uma certa indiferença em relação aos fatos em um número considerável de casos. Um dos casos sem qualificação da relação é o caso 6, que foi julgado em 1997, enquanto todos os demais concentram-se após 2008 – os casos 10, 12, 13 e 16, ocorridos em 2008, 2010, 2011 e 2013, respectivamente. Pode-se inferir que, após reiterados pronunciamentos sobre a matéria, e com a ideia de haver jurisprudência consolidada pelo caráter absoluto da presunção, não há a necessidade de discussão das circunstâncias, relações de poder e o possível consentimento da vítima, uma vez que esse consentimento é juridicamente desprezado na decisão.

Descontando os casos nos quais o tipo de relacionamento não foi considerado digno de atenção judicial pelo STF, a forma mais comum de relação criminalizada foram relacionamentos afetivos, que corresponderam a 4 casos²⁵. Também houve mais um caso qualificado especificamente como “promessa de casamento” que, embora não tenha nenhuma indicação adicional para que se pudesse saber a natureza do relacionamento além dessa promessa, faz certo sentido situa-lo também no campo de relações afetivas. Embora a qualificação da relação pudesse ser um fator que ensejaria manifestações contrárias ao encarceramento de um interesse amoroso, a vontade expressa da vítima só é considerada como relevante em um dos casos – no caso 5, em que a vítima, que tivera um filho como resultado do relacionamento criminalizado, casou-se com outra pessoa quando completou 16 anos e fez uma declaração por meio de escritura pública registrada em ofício. Ali ela anunciava que seu casamento, expressava que não tinha interesse algum na condenação e execução da pena do acusado, e que a considerava uma grande injustiça, tanto para o acusado quanto para o filho (BRASIL, 1997a, p. 472). De cinco casos em que havia um relacionamento amoroso, apenas a manifestação de uma das vítimas foi considerada juridicamente válida – mas isso porque ela já era casada e emancipada, revestindo sua manifestação de vontade da capacidade civil reservada aos adultos – e, mesmo assim, com a declaração tendo sido ironizada pelo ministro relator, que a considerou exagerada e induzida.

Houve mais um caso de gravidez decorrente de relacionamento prolongado – o caso 11, em 2009 – mas não há nenhuma menção no processo a qualquer manifestação

²⁵ A definição de uma relação entre acusado e vítima como “afetiva” ou “amorosa” foi feita com base nos relatórios dos casos em questão – ou seja, é a qualificação do relacionamento tal como entendida pelo ministro ou ministra relatora. São os casos 4 (BRASIL, 1006d), 5 (1997a), 8 (2001) e 11 (2009a).

por parte da vítima. Não se pode saber, assim, seu posicionamento em relação à condenação do acusado.

De fato, a manifestação de vontade expressa da vítima no sentido contrário à condenação só ocorreu uma outra vez dentre os dezessete casos. A segunda ocorrência foi no caso 9, em que a gravidez foi resultado de relações sexuais entre padrasto e enteada. Neste caso específico, entretanto, as motivações para a objeção à prisão eram mais pragmáticas: a vítima preferia que o padrasto não fosse preso para que ele pudesse continuar a contribuir financeiramente para a criação da segunda criança envolvida naquele caso (BRASIL, 2008).

Houve mais um caso de contato sexual entre padrasto e enteada, mas a reação da vítima foi diametralmente oposta: foi a própria menina estuprada que forneceu o depoimento que ensejou à condenação do acusado, relatando um abuso contínuo iniciado quando a vítima tinha 10 anos de idade, e só cessando dois anos depois, quando ela saiu da casa em que morava (BRASIL, 2012, p. 6).

Uma decisão judicial em que a vítima afirma existir requisitos necessários para a caracterização do tipo geral do estupro parece deslocada em uma discussão a respeito da relativização da presunção de violência, mas não se trata de uma ocorrência única nos casos analisados, nos quais a defesa alega que não é o consentimento da vítima, mas sim sua experiência sexual anterior e falta de violência física que justifica a relativização da presunção.

A outra decisão na qual a vítima claramente afirma que foi estuprada aconteceu no terceiro tipo de relação mais comum entre acusado e vítima, que conta com três exemplos: as relações de exploração sexual, na qual o ato sexual era realizado mediante algum tipo de pagamento. No caso 2, em troca de comida e bebidas alcoólicas para a mãe da vítima (BRASIL, 1996b, p.588). Ironicamente, nesse caso em específico o STF recepcionou a teoria de que experiências sexuais pregressas e conhecimento a respeito do sexo eram causas para o afastamento da presunção de inocência – mas, em virtude do depoimento da vítima, o acusado foi condenado por estupro em sua forma simples. Nos outros dois casos, embora não houvesse registro da manifestação de vontade das vítimas, ambos os acusados foram condenados por estupro com presunção de violência.

Por fim, o último tipo de contato sexual, que ocorreu apenas em dois casos, é o relacionamento casual. Essa foi a hipótese do caso 1, que resultou na concessão do

família, e não a integridade física e emocional da menina. Uma vez que ela não dispõe mais da característica da pureza e inocência sexual que a tornam socialmente marcada como criança, ela está apta a ser julgada pelo crivo da mulher honesta no Direito Penal – e, se ela já foi previamente deflorada, o valor que tinha perante a família e a sociedade já foi perdido, não havendo dano por parte da conduta de quem mantém relações sexuais com a criança após essa perda inicial.

Já o argumento do discernimento – ou seja, a afirmação de que a criança tinha consciência e entendimento o suficiente para saber o que estava fazendo – parece muito similar à expressão do desejo da vítima, mas conta com uma diferença crucial: enquanto o desejo da vítima pressupõe que tenha havido, em algum momento, um posicionamento (que passe pelo crivo do que é considerado relevante pelos ministros do STF) da vítima no sentido de desejar a manutenção daquele relacionamento com outra pessoa, enquanto a mera existência do discernimento significa que ela é capaz, no geral, de consentir em uma relação sexual – o que não significa, necessariamente, que ela esteja disponível para qualquer tipo de relação sexual.

Ou seja, enquanto podem haver casos em que haja uma manifestação de vontade da vítima, mas considere-se de que ela não possuía discernimento o suficiente para que esse consentimento seja considerado autônomo, também existe a possibilidade da pessoa contar com discernimento, mas faltar a aquiescência para aquela relação específica. É justamente a tensão entre discernimento e vontade que podem formar a autonomia para consentir na relação sexual – mas só o fato de o discernimento aparecer muito mais vezes como argumento do que a manifestação de vontade da vítima já é significativo.

Já o erro de tipo tira o foco da vítima para focar na qualificação dos atos do acusado. De acordo com o art. 20 do Código Penal: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei.” (BRASIL, 1940)²⁶. No caso do estupro com presunção de violência, o

²⁶ De acordo com PRADO (2010, p.404-405), o erro é “uma falsa noção ou um falso conhecimento de um fato ou de uma regra jurídica. É um estado positivo: quem erra vê mal, pensa que existe, embora ignore o existente”. No erro de tipo, desta forma, a pessoa age com esse falso conhecimento em relação a um dos elementos do tipo: “O erro sobre o fato típico diz respeito ao elemento cognitivo ou intelectual do dolo, sendo sua contraface. É aquele que recai sobre os elementos *essenciais* ou constitutivos – fáticas ou normativas – do tipo de injusto, sem os quais deixa de existir. Nele, o agente não sabe o que está fazendo; falta-lhe a representação mental exigível para o dolo típico.” (PRADO, 2010, p. 409). Quando uma pessoa acredita que está mantendo relações sexuais com uma pessoa maior de 14 anos, portanto, ela não tem dolo nenhum de praticar o crime de estupro com presunção de violência, fazendo com que ela não possa ser culpabilizada. O grande problema que essa discussão suscita é a respeito das circunstâncias em

elemento constitutivo do tipo sobre o qual recai o erro seria justamente a idade da vítima: ou seja, quando o acusado acreditar que a vítima era maior de 14 anos, não haveria a intenção de atentar contra os costumes ou a dignidade sexual do indivíduo. Como não há forma culposa para o estupro, o reconhecimento do erro de tipo implicaria na exclusão da tipicidade da conduta.

É bastante curiosa a alta incidência dessa argumentação, sendo que os tipos de contato superficial mais aptos a comportarem o erro de tipo – as duas relações casuais e a relação de exploração sexual que tinha um caráter mais eventual – são apenas 18% dos casos, enquanto o erro de tipo foi aventado em quase 30% dos casos. De qualquer maneira, a verificação do erro de tipo depende de uma análise aprofundada não só do desenvolvimento corporal da vítima – como quiseram alegar em diversas defesas – mas de uma infinidade de fatores sobre os quais não houve disposição do STF para se debruçar.

Diante das alegações da defesa, quais eram as fontes utilizadas pelos ministros para embasar sua argumentação? Como a figura 4 demonstra, o amparo jurisprudencial é, de longe, a mais comum justificativa para embasar argumentos:

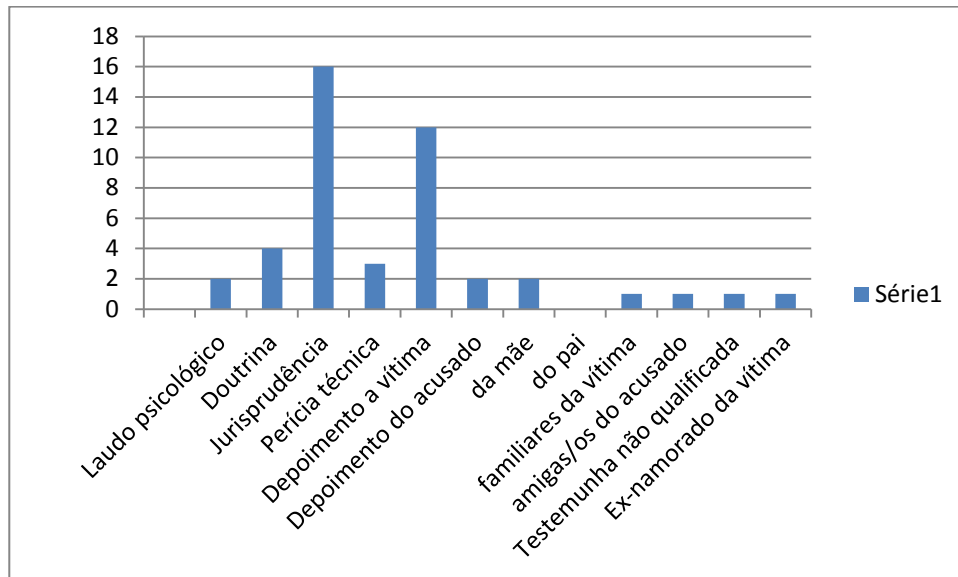


Figura 4 - fontes citadas pelos ministros em cada voto dos 17 casos(de um total de 17).

O depoimento da vítima é a segunda fonte considerada mais importante, enquanto há aparições esporádicas de considerações doutrinárias e perícias. O próprio

que se dá esse mau julgamento. Qual é a probabilidade de julgar mal a idade de uma criança para esses fins? Qual é a linha que separa o dolo eventual (ou seja, assumir o risco de cometer o crime) em relação a idade da vítima do erro de tipo? A apreciação judicial dessa categoria acaba exigindo, portanto, um amplo revolvimento probatório.

acusado, familiares e outras pessoas foram apenas eventualmente consideradas como relevantes na argumentação jurídica. É importante lembrar aqui que não se está na primeira instância, onde ocorre a produção de provas judiciais e sua contestação em juízo – quando chegam ao STF, não pode mais haver revolvimento probatório, e os argumentos devem ser meramente jurídicos. O que a figura 4 revela, portanto, não é representativo do processo como um todo, mas sim quais elementos são considerados como importantes para a caracterização jurídica adequada de cada caso, após terminarem as controvérsias a respeito das provas.

Dentro da infinidade de detalhes da instrução probatória, é interessante também visualizar quais informações a respeito do autor e da vítima são consideradas necessárias para o julgamento. Há uma discrepância na quantidade de vezes que a idade da vítima é mencionada, em comparação com a idade do acusado, como demonstram as figuras 5 e 6:

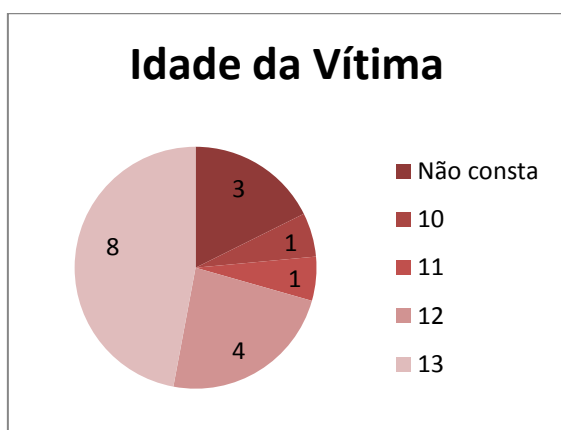


Figura 5 - Idade da vítima em cada processo

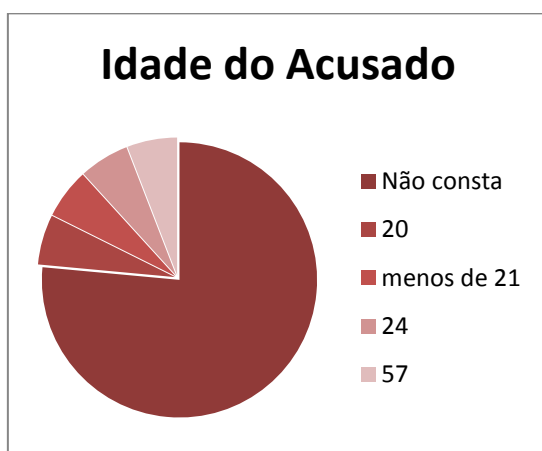


Figura 6 - Idade do acusado em cada processo

Enquanto a idade da vítima é considerada como um dado relevante na maior parte dos casos – apenas três casos não consideram útil mencionar a idade da vítima – a maior parte dos acusados não tem sua idade revelada, e uma delas só é mencionada por causa da diminuição da pena em virtude do acusado ser menor de 21 anos. Aparentemente, a comparação das idades da vítima e do acusado não parece ser um parâmetro utilizado para uma eventual análise da capacidade de consentimento da vítima, na medida em que este é um dado que raramente foi considerado importante para as ministras e os ministros do STF na confecção dos acórdãos.

Diante de uma base fática variada e heterogênea, o Supremo Tribunal Federal manteve um entendimento de que a presunção de violência é absoluta quando se trata de sexo com menores de idade, posição que foi reforçada pela reforma de 2009, mas o endurecimento da punição não significa, necessariamente, que há um nível maior de proteção de crianças contra interferências indevidas em sua dignidade sexual.

3.3 Quatro modelos argumentativos

Embora o capítulo anterior aponte para uma dificuldade em conseguir um nível aceitável de autonomia para que as decisões relativas ao sexo possam ser tomadas por crianças de forma livre e com opções reais, retirar toda possibilidade de autonomia sexual através da imposição da lei penal parece incompatível com a proteção da dignidade da criança.

Retomando ideia aventada logo na introdução, se a controvérsia do trabalho residisse em saber se a presunção de violência é absoluta ou relativa, a questão estaria resolvida em poucas linhas. Além do entendimento inequívoco do STF no sentido do caráter absoluto da presunção de violência, reformas posteriores consolidaram e fortaleceram a ideia de que basta a pouca idade para que a autonomia sexual não exista. Contudo, a forma como a argumentação jurídica é construída em cada processo, para além de responder uma pergunta crucial do Direito Penal – se a pena será ou não aplicada ao acusado – também produz outros efeitos concretos na vida da vítima que, por ser criança, possui o direito constitucionalmente garantido de ter uma proteção especial consubstanciada em todas as áreas do Direito. Mas o reconhecimento desse

direito à proteção, embora esteja formalmente presente no ordenamento jurídico, passa por uma série de filtros sociais e até morais em sua implementação.

Enquanto visões normativas sobre a infância projetam um ideal de criança que seria a legítima destinatária da proteção por sua inocência e vulnerabilidade, o encontro com uma criança que não se encaixe nos padrões normativos – embora continue sendo vulnerável – pode acabar tendo essa mesma proteção negada. A esse quadro soma-se também o ranço das antigas concepções a respeito de violência sexual que não levavam em consideração o sofrimento físico e psíquico da mulher. A proteção da honra familiar através da manutenção de padrões de pureza sexual acabava sendo a principal preocupação. Mais ainda, tudo isso se desenvolve em um sistema penal que promete proteção e pacificação social enquanto se ocupa primariamente de categorizar e estigmatizar os sujeitos por ele processado. Nesse contexto, há razões o suficiente para acreditar que haja incongruências entre a matriz constitucional de proteção à criança e de igualdade de gênero com as práticas penais.

Assim sendo, dentro de uma mesma solução jurídica – seja na opção por relativizar ou não a presunção de violência no caso concreto – há múltiplas possibilidades de construção da vítima dentro do processo penal. São separados em dois tipos orientados pelos ideais de infância e a moral sexual – a vítima como criança inocente ou como mulher corrompida – e, por outro lado, duas formas diferentes de efetivação dos direitos da criança: a vítima como criança no exercício de sua autonomia e da criança em situação de vulnerabilidade.

A divisão dos argumentos articula-se, portanto, em dois binômios que se utilizam de dois paradigmas diferentes para construir a identidade da vítima. Não se trata apenas de duas construções teóricas diferentes que levariam a um mesmo resultado, mas duas formas radicalmente diferentes de lidar com as provas nos autos, com diferentes focos, e, até mesmo, diferentes elementos que precisam ser provados para poder determinar a existência ou ausência de consentimento. Prossegamos, então, à análise de cada um dos argumentos possíveis e a forma de sua utilização pelos ministros do STF:

3.3.1 A mulher corrompida.

“Nos nossos tempos não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir

ante eventuais adversidades ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequência que lhes pode advir.”

Min. Marco Aurélio de Mello.

A primeira linha argumentativa a ser explorada é justamente a opinião prevalecente do caso 1, o HC 73662-9 MG, que concedeu o *habeas corpus* ao acusado que manteve relações sexuais casuais com uma menina de 12 anos. Em sua defesa, ele contava com o fato da menina apresentar um comportamento que desviava fortemente dos ideais apolíneos de infância: estava à noite na rua, longe do controle familiar, pegando carona com homens de motocicleta e já tendo praticado atos sexuais com outras pessoas (BRASIL, 1966a, p. 316). O Ministro Marco Aurélio considera que, como o núcleo do tipo é o constrangimento, e estava comprovado que, por reputação, a vítima já saía à noite e fazia sexo com outras pessoas, o que fazia com que ela não estivesse sob constrangimento.

Porém, esse foco no passado sexual da menina passa por cima de alguns fatos problemáticos que são levantados no próprio relatório, e depois, nos votos divergentes: em algum momento dos depoimentos, a vítima afirma que subiu na motocicleta do acusado com um pouco de medo, e que, depois que ele a levou para um matagal em um terreno baldio, ela inicialmente recusou o sexo, posteriormente “cedendo ante as carícias”. Entretanto, o seu voto – e os votos de seus colegas – não continham nenhum traço de uma análise situacional da autonomia que a vítima poderia ter exercido diante da situação concreta – sendo que a autoria e materialidade não estavam sequer em discussão, pois tinham sido admitidas pelo acusado.

Tanto o Ministro Marco Aurélio quanto o Ministro Rezek alegam que é necessária uma análise de caso a caso para que a aplicação da lei de uma presunção absoluta não acabe cometendo graves injustiças – mas é curioso como sua análise do caso específico limita-se à repetição de generalizações a respeito da figura de uma lolita com uma sexualidade desviante.

A grande preocupação, ao final, era na defesa do acusador, que no momento do julgamento levava uma vida de “pai de família”. Em verdade, a única análise situacional feita é para negar qualquer hierarquia entre uma menina de 12 anos e um homem de 24,

pois ele também era “simples”, e questionar se não era a própria menina, sozinha e sem saber dirigir em um terreno baldio à noite, que não tinha assumido o papel de instigadora naquela situação, provocando a relação ao invés de meramente consentir (BRASIL, 1996a, p. 323).

O posicionamento do Ministro Marco Aurélio articula, de uma forma muito peculiar, a subscrição a ideais apolíneos de infância com consequências parecidas com as apregoadas pelo liberacionismo no tocante ao consentimento sexual: as *moças de 12 anos*, como o Ministro se refere às lolitas, devem ter os seus depoimentos tomados como se fossem adultas porque a sua corrupção moral faz com que elas não sejam mais crianças.

Não se trata aqui [apenas] de uma mera contaminação da esfera jurídica por uma moral sexual retrógrada, e sim toda uma lógica de se pensar os próprios elementos do tipo do estupro com presunção de violência a partir da ideia de *innocentia consilli*, do desconhecimento que a pessoa menor de 14 anos tem – ou deveria ter – a respeito do sexo. Neste sentido, a proteção legal seria articulada em torno do ideal de infância, e é a manutenção da inocência da infância que justifica a existência da presunção de violência. O Acórdão do 3º Grupo de Câmaras de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que foi uma das instâncias judiciárias do caso 17(2013b), resume perfeitamente a forma como o tipo penal é pensado sob essa ótica:

Diante disso, ainda que não se possa afirmar que a vítima era corrompida ou dissoluta, a verdade é que a sua conduta não retrata um quadro de inocência, que é o bem jurídico tutelado pela lei, pois, ao tempo em que ia ao encontro do apelante para manter relações sexuais com ele, sabendo até que era casado, fazia o mesmo com o namorado, de quem, inclusive, concebeu um filho. E o fundamento da presunção de violência, no caso de adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, evidenciando-se, do presente caso, que a ofendida, embora menor de catorze anos, não tinha a inocência apta a colocá-la sob a proteção especial da lei. Destarte, afastada a presença da *innocentia consilli*, fundamento da presunção legal que visa à proteção dos menores de 14 anos de idade, presunção essa que é relativa e não absoluta, repita-se, é o caso de se decretar a absolvição do acusado, diante da falta de circunstância elementar do tipo. – Acórdão do 3º Grupo de Câmaras de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (BRASIL, 2013b, p. 5-6)

É a partir desse paradigma de julgamento que é possível entender o porquê de haver tantas referências ao poder de corrupção dos meios de comunicação social (cinco votos diferentes mencionam explicitamente o poder corruptor de novelas, televisão, revistas, internet, etc): se a inocência é o bem jurídico protegido pela presunção de

violência, a disseminação de conteúdo de cunho sexual é que estaria atentando contra o bem jurídico protegido pelo Direito Penal – e não o acusado de 57 anos que fazia sexo com uma menina de 12 anos em troca de cestas básicas toda a semana.

As desigualdades econômicas e as condições da formação da autonomia sexual do indivíduo não chegam nem a entrar em discussão, sendo circunscritas a um suspiro filosófico, tal qual o faz o Ministro Marco Aurélio na frase que serve de epígrafe para a presente seção, ao falar do caso 1. Afinal, mesmo diante de um laudo psicológico que apontava para uma imaturidade psicológica da vítima não era o suficiente para trazê-la para qualquer esfera de proteção, pois não descaracteriza a “vida promíscua” (BRASIL, 1996^a, p. 316) que a vítima levava.

É essa lógica de proteção do bem jurídico da inocência que leva à confusa decisão do caso 2 (1996b), em que, a despeito do resultado final ser a manutenção da condenação do acusado e a denegação do *habeas corpus*, o acusado foi condenado por estupro na modalidade simples, uma vez que o STF manteve a decisão que afastava a presunção de violência em virtude da reputação da vítima. Mesmo diante de um laudo pericial comprovando que houve o defloramento concreto, a presunção de inocência foi afastada em virtude da menina ser filha de uma prostituta, ter passado uma parte de sua vida em instituições estatais e, de acordo com o depoimento de sua irmã, já ter conhecimento sobre assuntos sexuais (BRASIL, 1996b, p. 589). O próprio voto do ministro também dá a entender que é só o fato da vítima não ser prostituta (como a mãe) que torna sua acusação de estupro legítima:

“Vê-se, pois, que a vítima, em que pese conhecedora das ‘coisas do sexo’ e haver sido criada por quem sempre se dedicou à prostituição, não era uma prostituta, sendo que, na convicção da juíza sentenciante, foi ela coagida a manter relações sexuais, tendo sido deflorada pelo paciente, conforme auto de corpo de delito.” (BRASIL, 1996b, p. 590)

Foi apenas a veemência do depoimento da vítima que fez com que essa vítima fosse considerada digna de proteção – mas são verdadeiramente poucos os casos em que a vítima expressamente denunciou o acusado. Enquanto a menina que era filha de uma prostituta lidou com um sistema penal equipado para ignorar as suas demandas, em outros casos a interferência jurídica, em nome da proteção da inocência, podiam ser usados como verdadeiros métodos de controle da sexualidade.

3.3.2 A criança inocente (em estado de vulnerabilidade)

“Conforme o próprio depoimento da vítima em fase inquisitiva (fls. 8), tornou-se certo

que, quase todos os dias, Cláudio aguardava F. no trajeto da escola, e saíam juntos; ora, se assim o fazia diariamente, ao menos deveria pressupor que a ofendida cursava a 5ª série. (...) Não era ele nenhum neófito na vida (...) era casado, tinha filho, frequentou a casa da vítima, não teve ele encontro esporádico, mas sim duradouro, logo inaceitável suas formas de inculpar-se”

Min. Ilmar Galvão

O primeiro caso acaba sendo relevante para mais de um modelo de resposta às demandas da intersecção entre infância e sexualidade justamente por causa da divergência interna. Enquanto os Ministros Marco Aurélio, Maurício Correa e Francisco Rezek elegeram a criança apolínea como paradigma, o bem jurídico que passa a ser protegido é a inocência traduzida como ignorância em relação ao sexo. Já os dois votos contrários – dos Ministros Carlos Velloso e Néri da Silveira – reagem de uma forma diversa ao confrontar-se com um ser desviante, que lança mensagens tão ambíguas em relação ao seu posicionamento em relação ao ocorrido – eles adotam o modelo da criança dionisíaca e defendem também um tipo de inocência como bem jurídico – mais como uma inaptidão para a vida racional em sociedade através de características típicas de seu grupo etário.

Quando o Ministro Carlos Velloso afirma que a moral sexual da vítima não deve ser componente do julgamento, a sua justificativa não é por um respeito à autonomia ou análise de desigualdades de poder na situação concreta, mas sim porque adolescente seriam “dominadas por hormônios” e teriam, em virtude desse fato biológico, uma fraquíssima capacidade de resistir aos avanços sexuais de qualquer um. (BRASIL, 1996a, p. 332). Ele cita o art. 224 da Constituição Federal e aponta para o dever da proteção das crianças, mas a forma como essa proteção é articulada é através da constatação de que crianças são criaturas semi-selvagens, sem capacidade de autodeterminação.

A moral sexual não seria, portanto, um dado juridicamente relevante simplesmente porque a criança não estaria biologicamente pronta para assumir as

responsabilidades morais. Em termos do bem jurídico protegido aqui, já é possível falar na proteção da criança, mas não de proteção da autonomia sexual, uma vez que elas seriam completamente privadas de autonomia. O bem jurídico, então, tenderia mais para o resguardo das crianças em relação aos seus próprios desejos sexuais – sendo que os mães, pais e demais responsáveis, como detentores da guarda jurídica e de um corpo desenvolvido e racional, teriam condições de determinar – e controlar – o exercício da sexualidade de suas filhas.

Esse estado de vulnerabilidade, com suas origens biológicas e psicológicas, é o que legitima essa interferência. Mas como conciliar essa vulnerabilidade com o fato de que, assim como as mulheres moralmente corruptas, elas não possuem mais a *innocentia consilli* por já terem mantido relações sexuais?

Como os detalhes probatórios que passam pelo crivo das ministras e ministros STF para chegar aos acórdãos são bastante enxutos, não é possível, no escopo deste trabalho, fazer uma análise pormenorizada do contexto social, econômico e racial das vítimas dos processos, mas há alguns poucos indícios presentes nos relatórios e nos votos dos ministros para tentar teorizar sobre a distinção da construção das figuras das “mulheres corruptas” e das “crianças em estado de vulnerabilidade”.

Primeiramente, em alguns casos, as mães ou pais alegam que houve o defloramento das meninas, ou que, mesmo que em uma relação contínua, continuavam sem compreender a magnitude do que estava sendo feito com elas. No caso 10, uma menina de 11 anos, moradora de uma zona rural de Minas Gerais, também manteve relações sexuais com uma pessoa maior de 18 anos e enxergava as relações que estava tendo com naturalidade. Porém, ao invés de interpretar isso como consentimento e aquiescência, como foi feito no primeiro caso, a mãe descreve a naturalidade com que a filha encarava as relações sexuais como um sinal de sua inocência (BRASIL, 2008b). Uma vez que nem mesmo a idade do acusado, ou qualquer circunstância do relacionamento entre vítima e acusado é explicitada, não há como saber sobre as circunstâncias de exercício ou de limitação da autonomia, mas o fato é que o contexto rural de cidade pequena e o depoimento de uma mãe foram o suficiente para a condenação do acusado. O caso 13 também apresenta uma mãe que testemunha a favor da reputação da filha – dizendo que nunca havia namorado ou frequentado bailes – o que também é considerado como evidência o suficiente para dizer que não houve consentimento e que a condenação do acusado deveria ser mantida.

E, ainda que não se trate de um caso de defloração, se não houver indícios aparentes da corrupção moral da vítima ou do erro de tipo, o “mero consentimento” da vítima não é considerado o suficiente para que a presunção de violência seja afastada, conforme é ilustrado no caso 3 – (BRASIL, 1996c, p. 390).

Até agora, percebe-se que a presença de estruturas associadas ao mundo infantil – marcadamente a defesa da reputação feita pela mãe – fazem com que uma narrativa de inocência seja crível e aceita. Outra instituição que também tem esse poder polarizador de identificação com a infância é a escola. Como demonstrado nos casos 4 e 6, o fato de encontrar-se com a menina na escola, mesmo tratando-se de namoros, é algo considerado com um alto grau de reprovabilidade social, e deu ensejo às duas únicas admoestações à moralidade do acusado que foram identificadas em 20 anos de processo de estupro com presunção de violência.

Novamente é importante frisar que o nível de detalhe dado nos acórdãos não é o suficiente para mapear a dinâmica de poder das partes envolvidas – mas justamente o silêncio dessa série de dados, que pode ter sido coletada na instrução probatória, é bastante eloquente. Pra provar o estado de vulnerabilidade não se faz necessária qualquer prova da constrição da vontade da criança: basta alguma alusão à inocência vinda de alguma fonte considerada legítima – depoimentos da família, ou mesmo o fato de ir à escola – que mesmo características que marcam as *mulheres corrompidas* são reinterpretadas. A atividade sexual perde seu potencial de incutir malícia no corpo quando ela é percebida como uma coisa estranha ao corpo que habita, uma intromissão indevida e não recepcionada pela mente da criança. O Ministro Ilmar Galvão ilustra muito bem esta posição quando comenta, no caso 4, que apesar do desenvolvimento corporal e do potencial que têm para atrair a lascívia dos homens, a vítima do processo ainda é o tipo de menina que brinca de boneca (BRASIL, 1996d, p. 458).

A situação do discurso da criança em estado de vulnerabilidade encontra outro desafio no caso 8 (2001), que envolve um casal de namorados que já estava junto há quase dois anos e, quando ele tinha 20 e ela 13, resolvem relacionar-se sexualmente. Não fica claro como o caso foi judicializado, mas nas instâncias inferiores a presunção foi relativizada, balizada, principalmente, na segurança com que a vítima do processo enfatizava que nunca foi forçada a manter relações sexuais com seu namorado (BRASIL, 2001, p. 277-278).

O relator, Ministro Sepúlveda Pertence, parece estar sentenciando um caso diferente quando menciona reiteradas vezes a proteção do direito da criança e o combate à exploração sexual infantil. Ele alega que a honestidade da vítima não pode ser considerada como critério para julgar a presunção em um caso que não coloca a honestidade da vítima à prova. De consistente resta apenas a assertiva da completa desconsideração do consentimento da vítima. (BRASIL, 2001, p. 283). Ele argumenta que o fato da vítima residir na capital não faria com que ela fosse menos digna da proteção do direito penal. Pergunta-se, então, se o aprisionamento do parceiro é o melhor meio de proteger a autonomia sexual da criança.

A falta de maiores detalhes faz com que não se possa obter mais indícios a respeito da dinâmica específica daquela relação – se havia muitas desigualdades de poder, dinâmicas abusivas ou manipuladoras. Mas a possibilidade de adentrar em um relacionamento abusivo não é, infelizmente, exclusividade de pessoas de pouca idade. Mesmo levando em consideração as desigualdades que podem ser causadas pela diferença de idade, o quão diferente a situação dos dois poderia ser se eles fossem dois anos mais velhos, agora já fora do alcance do controle penal?

Os exemplos, enfim, fazem parecer que quanto menor a vulnerabilidade social percebida através das lentes dos processos, mais provável que o discurso de inocência apolínea seja invocado para a proteção da infância.

Enquanto um olhar superficial pode encontrar um antagonismo entre as identidades de mulher corrompida e criança em estado de vulnerabilidade, ambas atuam em um contínuo, em frentes diferentes, com os efeitos de separação e controle da produção das identidades de crianças como seres sexuados, ao fazer a separação entre as “crianças legítimas – também aptas a serem vítimas legítimas – das não-crianças, das *menores*, que não têm acesso ao discurso da inocência que atua como passaporte para a proteção legal conferida à infância, e tampouco acessam as possibilidades de agência aumentada que a vida adulta traz, ficando em um limbo no qual precisam conviver com o pior de dois mundos. Desta forma, um efeito – ou, como enunciaria Foucault, a própria *função* do processo penal (2009, p.258) – da análise da sexualidade de pessoas menores de 14 anos é a catalogação e a sedimentação dessa visão.

3.3.3 A criança em situação de vulnerabilidade

“Cumpra esclarecer, ainda, que a conduta descrita na hipótese dos autos comporta maior reprovabilidade, porquanto, consoante bem asseverado, tanto na sentença quanto no próprio acórdão absolutório, a vítima foi motivada à prática dos atos sexuais mediante pagamento em dinheiro, além de ajuda com alimentos e cestas básicas. A situação ressalta, portanto, a vulnerabilidade de que acometida, independentemente da idade”

*Ministra Marliza Maynard, citada por
Ministra Carmen Lúcia.*

Embora o discurso da *mulher corrompida* não tenha desaparecido do judiciário com a mudança de entendimento do STF (como bem ilustra a decisão da Câmara Criminal de São Paulo no caso 17, transcrita no tópico 3.3.1.), algumas linhas argumentativas novas começam a emergir para suplantam o paradigma da inocência – e sem precisar necessariamente recorrer somente a fatores biológicos para explicar a falta de autonomia sexual.

O caso 17 é o exemplo mais contundente que pode ser traduzido em uma preocupação com a dignidade sexual da vítima, mesmo que não expresse como concordância total com a manifestação de vontade da vítima no momento, justamente por considerá-la viciada pelas desigualdades econômicas. Afinal, quando a menina faz sexo com o acusado todas as semanas em troca de dinheiro e alimentos, e ao mesmo tempo relaciona-se afetivamente com um namorado, é possível supor que ela ficaria igualmente, se não mais feliz se pudesse obter alimentos e auxílio financeiro *sem* a contraprestação na forma de serviços sexuais. Não é necessário falar de desconhecimento sobre sexo, ou muito menos inocência, para construir uma narrativa de vulnerabilidade situacional para este caso.

Outro caso que pode ser interpretado como pautado mais firmemente na dignidade sexual da vítima é o caso 15, de abuso sexual e violência doméstica, na qual o padrasto estuprou a enteada, que o denunciou posteriormente. Aqui é possível ver a

vontade da vítima mais firmemente articulada com o direcionamento do sistema penal – e, ao contrário do segundo caso, a presunção de inocência não foi questionada. Nas palavras da Min. Relatora Rosa Weber: “Não creio que se possa qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz” (BRASIL, 2012, p. 10) – aqui ela não precisa nem mencionar nada sobre presunção, pois considera que a própria relação de parentesco já cria uma hierarquia suficiente para configurar uma violência que não é nem ao menos ficta, mas adquire dimensões muito reais.

O outro caso envolvendo o contato sexual entre padrasto e enteada, entretanto, é um tanto mais desafiante em termos de compreensão de todas as suas complexidades. A vítima engravida do relacionamento que tem do padrasto, e manifesta expressamente a vontade de que ele não seja preso, uma vez que quer que ele possa trabalhar e ajudar a cuidar do bebê. Os jogos de poder, processos mentais e diferentes pressões envolvidas na manifestação desta vontade permanecem ocultos aos olhos de quem só analisa um acórdão do STF. Não se sabe se a motivação dessa manifestação foi chantagem feita pelo advogado de defesa, pressão de familiares ou uma genuína falta de interesse da vítima na punição do acusado – talvez até uma combinação dessas motivações.

Nesta situação, o Direito Penal acaba desnudando uma de suas limitações principais, na medida em que a sua ideia de proteção não está apta a lidar com as necessidades mais imediatas da própria vítima, que é, em parte, a pessoa que deveria ser reparada com a condenação de seu algoz. Novamente, não há elementos probatórios o suficiente para saber o quanto o pedido da vítima teve origem meramente pragmática ou foi fundado em algum sentimento de afeto, mas toda a proteção que o Direito Penal pode dar, mesmo que ela desejasse a prisão de seu padrasto, não chega nem perto de reparar as consequências causadas pelo ato criminoso, fato que fica especialmente evidente neste caso.

3.3.4 A criança no exercício de sua autonomia.

“Queria casar com E. J. M., mas por influência de sua mãe que tinha ódio e vingança, isso se tornou impossível. Por encontrar-se sob a sua guarda não pode

manifestar-se contra a sua vontade. Hoje encontra-se casada e feliz, pronta para uma vida nova com sua família, mas isto fica difícil com esse sentimento de culpa que toma por saber que um inocente está preso. Que E. está pagando por um crime que não cometeu. Como poderá explicar ao seu filho no futuro que seu pai foi injustamente preso e que sobre ele lhe pesa a pecha de estupro, se isto não é, e jamais foi verdade”

J. C. L. M. T., vítima da ação penal que resultou no HC 74700-1/PR.

No espectro entre proteção e autonomia, o entendimento atual do STF pende fortemente para a proteção – mesmo que com justificativas paternalistas, e ao arrepio de uma vontade expressa da vítima. – em detrimento da autonomia sexual, cuja expressão, que já é bastante socialmente limitada, encontra no Direito Penal mais um fator de limitação, com a possibilidade de consequências sociais pesadas se qualquer criança quiser testar a sorte. Com o histórico da criminalização do estupro e do funcionamento do sistema de justiça criminal, a pergunta que fica é onde está, exatamente, o bem jurídico que é protegido – protege-se os direitos da criança como cidadã (mesmo que esteja em formação), ou o direito à honra – se não dos pais, de uma sociedade?

De todos os casos apresentados, o caso 5 é o único em que uma criança consegue, com sucesso, contrapor-se à vontade de seus pais e reverter uma condenação por manifestações de sua vontade. Embora os artifícios jurídicos que justificaram a tomada de decisão sejam justamente aqueles revestidos de um ranço histórico dos paradigmas de mulher como propriedade que é “danificada” com o abuso sexual, ao final das contas, os interesses expressos em sua manifestação de vontade incorporada como prova e o fim que o processo levou foram, em grande medida, coincidentes.

Quando tinha 12 anos e se envolveu romanticamente com o acusado, as denúncias de sua mãe movimentaram o Judiciário no sentido de enquadrá-la como mais uma *inocente*, uma criança que havia sido corrompida e engravidada por um agente moralmente condenável. Devido à lentidão da Justiça, o acusado só foi preso depois do

nascimento do bebê, sendo que ele ajudava nas despesas enquanto ainda estava em liberdade.

Entretanto, a única forma de conseguir manifestar-se no processo foi através da transposição das barreiras institucionais que separam crianças de adultos: ao fazer 16 anos e casar-se, finalmente obteve sua emancipação e pôde manifestar-se em juízo sem o intermédio da mãe, que, como se revelou por seu ofício, tinha interesses e agia em juízo de forma contrária aos interesses da filha. Desta forma, para além de todas as críticas em relação à efetividade do sistema penal e das funções da pena na sociedade, o fato é que todo o tempo que o acusado passou na prisão foi materialmente prejudicial para a vítima.

Mesmo assim, o caso 5 (1997), tão antigo, foi o que mais avançou em termos de autonomia da vítima – que só pode conquistar sua autonomia porque o Direito reconheceu-a como adulta. Enquanto isso, outros casos de relacionamentos mais claramente interpretados como consensuais – a exemplo do caso 8, em 2001 – resultaram na condenação do acusado, tendo como justificativa a completa irrelevância da vontade da vítima. A tendência da legislação atual, desta forma, vai em um sentido contrário ao reconhecimento da autonomia sexual de pessoas menores de 14 anos, criminalizando todo e qualquer tipo de contato sexual que tiverem com pessoas adultas.

CONCLUSÃO

Este é, por fim, o momento em que a metáfora de Lolita completa o seu ciclo, de uma provocação inicial a respeito da situação de meninas que são representadas no processo penal da mesma forma que Humbert representa Lolita: como uma criança moralmente corrupta que foi praticamente sua algoz (NABOKOV, 2000), invertendo os polos entre vítima e acusado.

Porém, enquanto uma repetição metafórica da história de Lolita colocasse naturalmente nos acusados o papel de Humbert, uma análise mais pormenorizadas dos diferentes casos perante o STF revela uma situação diversa. Enquanto algumas lolitas bravamente quebraram o silêncio para procurar alguma justiça dentro do sistema penal, outras foram silenciadas pelo próprio processo penal que justifica sua atuação na proteção da dignidade sexual. Humbert, às vezes, não está sentado no banco de réus explicando seus motivos ao júri. Ele está inscrito nos códigos, escondido sob as togas de ministros, pairando no ar enquanto o discurso rotula as lolitas em nomes de condenação ou nomes de salvação da inocência, mas nunca seus próprios nomes. Humbert, ardiloso, retira institucionalmente toda a capacidade de autonomia das lolitas, para depois naturalizar essa incapacidade e justificar atitudes ainda mais restritivas – até porque a ele não interessa uma verdadeira proteção dos interesses de lolitas, mas apenas a sua submissão.

Muita vezes, a forma pela qual o sistema penal reflete valores hegemônicos e naturalizados a respeito da infância e de gênero vitimiza duplamente esses sujeito dentro do processo. Primeiramente, a ela é negado o acesso mais básico que é ter o direito de se representar no ingresso da ação, em virtude do seu *status* jurídico de criança. O máximo da participação possível, nesse contexto, é a instrução probatória como informante (uma vez que crianças não podem sequer ser testemunhas). Além disso, quando o caso chega até a Corte, há grandes possibilidades do próprio *status* de vítima ser questionado e invertido pelo enquadramento do sujeito nos estereótipos a respeito de infância e da sexualidade da mulher.

Mesmo dentro de um contexto jurídico-penal em que a proteção da criança adquire um papel mais marcado, como poderá o sistema penal abordar esse problema, quando ele apenas opera na lógica de aplicação de penas restritivas de liberdade no acusado? Qual é o verdadeiro ganho que se têm com a prisão? Embora Morgado (2006, p. 98) evidencie o trauma que a sensação de impunidade pode causar nos casos em que

violência doméstica contra crianças é denunciada, é possível depositar tanta fé no poder simbólico do sistema penal?

Com ou sem fé, a jurisprudência muda com o passar dos anos, refletindo, por vezes, o árduo trabalho de movimentos sociais como o feminismo para procurar tornar a sociedade menos desigual. Desde 1996, observou-se que pouco a pouco o argumento da mulher corrompida vai perdendo espaço, ao menos no Supremo Tribunal Federal, para ceder lugar às análises mais sensíveis às relações de poder, tais quais as proferidas pelas Ministras Carmen Lúcia (BRASIL, 2013b) e Rosa Weber (BRASIL, 2012).

Mas enquanto as orientações jurisprudenciais tanto do STJ quanto do STF propõe-se a banir do repertório jurídico a possibilidade de argumentar com o modelo da mulher corrompida, a forma de fazê-lo acaba também inviabilizando a possibilidade de autonomia sexual.

A mudança de legislação de 2009, que fortalece o caráter absoluto da presunção de violência ao transformá-la em um tipo separado, está apta a produzir casos que sufocam a autonomia sexual em favor da proteção do estado de vulnerabilidade, ou inocência. A nova categoria autônoma de estupro vulnerável não significa necessariamente um ganho em termos de direito das crianças, na medida em que pode ser utilizado como uma ferramenta de controle da sexualidade adolescente por pais ou autoridades – ou seja, atuar, sim, contra o melhor interesse da própria criança.

Houve uma substituição da possibilidade de juízos de discricionariedade – no caso, a interpretação da presunção – por um limite categórico, que não permite, a princípio, qualquer desvio. A arbitrariedade das opiniões morais da juíza ou do juiz são substituídas pela arbitrariedade etária. Independentemente da justificativa dada socialmente (da insignificância jurídica, da imaturidade psicológica, ética ou biológica, ou até mesmo dos hormônios fora de controle), os abusos mais gritantes e os relacionamentos mais aparentemente consensuais vão cair no mesmo tipo penal, em nome da proteção da criança.

Por outro lado, mesmo que todos os dispositivos protetivos de crianças possam ser efetivados, Wyness (2006, p. 26) evidencia que as crianças ficam mais vulneráveis não por consequências diretas de suas especificidades biológicas, mas por causa dos discursos normativos sobre a infância que lhes impedem de alcançar mais autonomia. Enquanto o discurso de proteção conviver com as pré-concepções de que a criança é

inocente e ignorante a respeito de sua sexualidade, essa proteção da inocência e perguntas sobre a possibilidade de consentimento sexual acabam por tirar todo o foco do outro pólo da relação jurídica, do qual este trabalho também não tratou: quais são as responsabilidades de todos os adultos em uma sociedade que distribui o poder de uma forma extremamente desigual entre adultos e crianças?

Assim como em qualquer movimento que se propõe a tratar de opressões, é bastante difícil conceber as melhores estratégias para a integração de segmentos sociais marginalizados sem que haja sua ativa participação na defesa de seus interesses. E, através da estruturação de nossas instituições modernas ocidentais, assim como ocorrem com muitos outros grupos marginalizados, nós não temos o mínimo preparo para escutar, efetivamente, as vozes das crianças. Chris Jenks (2005, p. 4) traça uma comparação entre a visão da pessoa adulta sobre a criança e a visão de uma pessoa colonizadora sobre uma cultura considerada “selvagem”. Estamos tão ansiosos para encontrar técnicas, métodos e regimes de verdade que transformem esse outro ser em um modelo mais eficiente do mundo adulto que esquecemo-nos que diante de nós também estão seres humanos que também podem ser sentidos e percebidos nos seus próprios termos.

A ideia do uso da análise situacional da autonomia para a determinação de *situações de vulnerabilidade* é a proposta que parece mais adequada para construir juridicamente a possibilidade de consentimento sexual de crianças e adolescentes. Ao invés de tentar fixar um tipo de solução uniforme, ela figura mais como um paradigma decisório que procura trabalhar produtivamente a tensão entre autonomia e proteção, presente no contexto nacional e internacional de Direitos da Criança.

Porém, qualquer tentativa de articular essa ideia para além das páginas desse trabalho implica em assumir diversos riscos, tanto teóricos como práticos – mas também abre para muitas possibilidades de exploração e desenvolvimento do tema.

No âmbito teórico, fica muito claro que a aplicação de um modelo de autonomia relacional implica em concepções teóricas definidas a respeito de relações de poder e como elas se articulam entre sujeitos. Ela pressupõe, de cara, uma rejeição da ideia de igualdade formal jurídica apregoada pelo liberalismo político, e pode ter ressonâncias e implicações diversas de acordo com cada teoria sobre relações de poder entre pessoas e instituições, porque elas podem potencialmente interpretar de forma diferenciada os momentos de necessidade de autonomia e proteção.

Mesmo que uma teoria sólida e bem fundamentada possa ser construída, ainda há todo o desafio de verificar a sua possibilidade de aplicação. Afinal, um diagnóstico do Judiciário feito a partir de decisões da Suprema Corte tem suas vantagens metodológicas, mas padece de muitas limitações. O contato com processos desde a origem – ou melhor ainda, a possibilidade do acompanhamento em tempo real das fases de um processo de estupro praticado contra menores de 14 anos resultaria em uma compreensão mais pormenorizada de cada situação fática, o que abriria a possibilidade de refletir sobre todos os dados disponíveis ao sistema jurídico antes de passar pelas inúmeras filtragens que ocorre entre as instâncias. Assim, as lolitas de papel seriam vistas em seus rostos, vozes, e teriam a chance de se posicionar em relação à teoria sobre seus direitos e sua sexualidade.

Além de uma análise mais próxima, outra abordagem possível é o foco no processo decisório de juízas e juízes, e sobre as condições e as possibilidades de formação do seu convencimento – no estudo de uma Vara, por exemplo. Afinal, um dos grandes pontos fracos da forma como a autonomia relacional foi apresentada até agora é que ela depende inteiramente de sua aplicação pela magistratura para que ela ganhe vida no mundo jurídico. A atuação de profissionais da psicologia ou assistentes sociais – que já são bastante atuantes em várias medidas envolvendo crianças (MORGADO, 2006, p. 103) – na efetivação dos Direitos das Crianças também poderia ser estudada, na medida em que essas profissionais tem o potencial de fazer a mediação entre o mundo jurídico, com suas exigências e formalidades, e o mundo no qual a criança pode sentir-se mais confortável para participar. Essa intermediação, entretanto, também gera um risco, na medida em que se desloca tão somente a primazia do Direito para o reino da Psicologia, que vai exercer o seu poder regulador sobre os corpos e mentes das crianças que protege, operando uma transferência, e não uma solução dos desafios que a presença de crianças no mundo jurídico representa.

De volta ao Sistema Penal, há toda uma área da vitimologia infantil que foi apenas vislumbrada em alguns momentos do trabalho. Como os processos e os resultados do sistema penal impactam a vida das crianças que nele ingressam como vítimas de estupro de vulnerável? Como os seus interesses são traduzidos juridicamente, e o quanto eles são realizados ou feridos no meio do processo? Quais mudanças no sistema penal – desde o inquérito até a execução da pena – precisariam modificar-se, e como? Mais ainda, existe alguma possibilidade de um direito penal que consiga operar harmoniosamente com um sistema de Direitos da Criança?

Poderia passar páginas apenas descrevendo todas as questões não exploradas e ideias não desenvolvidas, e eis que o presente trabalho termina, como muitos, com mais perguntas do que respostas. Afinal, na procura de compreender um sujeito através do Direito – ou mesmo em qualquer busca por compreensão partindo do outro sujeito, igualmente humano e falho, nunca vai resultar em uma compreensão da totalidade.

Não há como saber quem é Lolita. Ela escapa pelas entrelinhas, seja dos processos ou da narrativa de Humbert, não é possível compreender seus desejos, suas intenções, seus sonhos, ou mesmo exatamente a forma como ela se posicionava em relação às narrativas sendo construídas sobre sua sexualidade. Alguma mente poética poderia vislumbrar essa impossibilidade de apreensão de sua subjetividade como a ninfa que foge dos avanços indesejados do deus grego Apolo, mas a situação literária – e também processual – é muito mais sinistra. A sua invisibilidade não se dá necessariamente por uma fuga voluntária, mas sim por uma impossibilidade sistêmica de apreensão das suas narrativas. Assim como Humbert conta a sua história soterrando Lolita por trás de sua história de infância, referências literárias e apologética de suas decisões, as lolitas que circulam pelo Supremo Tribunal Federal são apenas ecos distantes, mediadas não apenas por visões dominantes de infância e considerações morais preconceituosas a respeito da sexualidade da mulher, mas sob as próprias engrenagens do processo penal, visto como mediador oficial para situações de suas vidas das quais elas não possuem nenhum controle. Seu *status* como crianças perante a esfera jurídica, por fim, mitiga suas possibilidades de sequer ingressar como sujeitos dentro do sistema.

Mas nada disso impede que leitores e leitoras de Lolita procurem resgatar a menina de carne e osso por trás da teia manipuladora de Humbert, utilizando o livro como uma poderosa ferramenta para falar sobre as construções culturais que normalizam e ocultam a dolorosa realidade do abuso sexual infantil – assim como a reflexão crítica a respeito de maneiras mais conscientes e objetivas de contextualizar e trabalhar a autonomia sexual de crianças e adolescentes pode causar mudanças, mesmo dentro de um sistema tão desigual. Assim como fechar o livro não vai tornar menos sedutora a narrativa de Humbert na medida em que ela ecoa os preconceitos e a misoginia de nossa própria sociedade, não é através da desistência da reformulação do Direito Penal que vai causar qualquer melhora substantiva na situação das lolitas que por ali passam. Se Lolita já morreu, e não pode ser mais ajudada, a enxurrada de

processos não parece que vai arrefecer tão cedo – e aí está nossa chance de procurar preencher os silêncios de incompreensão com as vozes das lolitas.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, V. R. P. Criminologia e Feminismo: da Mulher como Vítima à Mulher como Sujeito de Construção de Cidadania. **Seminário Internacional de Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Themis, 1996.

_____. A Soberania Patriarcal: O Sistema de Justiça Criminal no Tratamento da Violência Sexual Contra a Mulher. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**. RECJ 03/04/2006. Disponível em: www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem1.asp Acessado em 03/04/2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, 2007

BIROLI, F. Agentes imperfeitas: contribuições do feminismo para a análise da relação entre autonomia, preferências e democracia. **Revista Brasileira de Ciência Política** n. 9. Brasília, setembro-dezembro de 2012.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Lei de 16 de dezembro, 1830. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm Acesso em: 03/04/2015.

_____. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Decreto n. 847 de 11 de outubro, 1890.

_____. **Código Penal**. Decreto Lei n. 2.848 de 7 de dezembro, 1940.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei n.3.689 de 3 de outubro, 1941.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Habeas Corpus n. 73662-9 Minas Gerais**. Relator: Min. Marco Aurélio. 16 de Abril, 1996a.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Habeas Corpus n. 74215-7 Minas Gerais**. Relator: Min. Mauricio Correa. 24 de Setembro, 1996b.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Habeas Corpus n. 74286-6 Santa Catarina**. Relator: Min. Sydney Sanches. 22 de outubro , 1996c.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Habeas Corpus n. 74580-6 São Paulo**. Relator: Min. Ilmar Galvão. 17 de dezembro, 1996d.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Habeas Corpus n. 74700-1 Paraná**. Relator: Min. Maurício Corrêa. 04 de Março, 1997a.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Habeas Corpus n. 75.414-7 Minas Gerais**. Relator: Min. Maurício Corrêa. 24 de Junho, 1997b.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Habeas Corpus n. 76.246-1 Minas Gerais**. Relator: Min. Carlos Velloso. 13 de Fevereiro, 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Habeas Corpus n. 81.268-6 Distrito Federal**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 16 de Outubro, 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Habeas Corpus n. 93.263-1 Rio Grande do Sul**. Relatora: Min. Carmen Lúcia. 19 de Fevereiro, 2008a.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Habeas Corpus n. 94.818-9 Minas Gerais**. Relatora: Min. Ellen Gracie. 24 de Junho, 2008b.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma) **Habeas Corpus n. 99.897 Paraná**. Relator: Min Eros Grau. 17 de Novembro, 2009a.

_____. **Lei n. 12.015, de 7 de Agosto de 2009b**.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Habeas Corpus n. 101.456 Minas Gerais**. Relator: Min Eros Grau. 09 de Março, 2010a.

_____. **Projeto de Lei n. 8045/2010**. Autor: Senado Federal - José Sarney - PMDB/AP. 22 de dezembro, 2010. Disponível em <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>
Acesso em 01/04/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Habeas Corpus n. 97.052 Paraná**. Relator: Min. Dias Toffoli. 18 de Agosto, 2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Habeas Corpus n. 109.206 Rio Grande do Sul**. Relator: Luiz Fux. 18 de Outubro, 2011b.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª turma). **Habeas Corpus n. 105.558 Paraná**. Relatora: Min. Rosa Weber. 22 de Maio, 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Habeas Corpus n. 111.159 Bahia**. Relator: Min. Teori Zavascki. 24 de Setembro, 2013a.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª turma). **Habeas Corpus n. 119.091 São Paulo**. Relatora: Min. Carmen Lúcia. 10 de Dezembro, 2013b.

BRITO, E. Z. C. D. **Justiça e Gênero: uma História da Justiça de Menores em Brasília (1960-1990)**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.

CARNEIRO, S. Mulheres em Movimento. **Estudos Avançados**, 17(49), 2003.

CORTÊS, I. R. A Trilha Legislativa da Mulher. **Nova História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012.

COHEN, E. Neither Seen Nor Heard: Children's Citizenship in Contemporary Democracies. **Citizenship Studies**, v. 9, n. 2, p. 221-240, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 33 de 23/11/2010**. DJ-E n. 215/2010, 25 de Novembro, 2010, p. 33-34.

COULANGES, F. **A cidade antiga**. Revista dos Tribunais, 2003.

DIGEÁCOMO, M. J.; DIGEÁCOMO, I. A. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. Curitiba: Ministério Público do Paraná, 2013.

EHRlich, S. **Representing Rape: language and sexual consent**. New York: Routledge, 2001.

FASS, P. S. Children and Globalization. **Journal of Social History**, v. 36, n. no. 4 (Summer, 2003), p. 963-977, 2003.

FÁVERO, M. H. **Psicologia do Gênero - Psicobiografia, sociocultura e transformações**. Curitiba: UFPR Editora, 2010.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FLEGEL, M. "Bend or Break": Unraveling the Construction of Children and Animals as Competitors in Nineteenth-Century English Anti-Cruelty Movements. **The Journal for Critical Animal Studies**, v. 7, n. 1, p. 53-73, 2009.

FOUCAULT, M. **A Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 2009a.

_____. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009b.

_____. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Graal, 2011.

HEILBORN, M. L. Entre as tramas da sexualidade brasileira. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, 14 (1): 336, janeiro-abril 2006.

JAMES, A.; JAMES, A. **Constructing Childhood**. New York: Palgrave Macmillan, 2004.

JENKS, C. **Childhood**. 2. London: Routledge, 2005.

LOPES JR. A. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOURO, G.L. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUHMANN, N. Law as a Social System. **Northwestern University Law Review**, n. Fall, 1988/ Winter 1989, 1989.

MACHADO, L. Z. Masculinidade, Sexualidade e Estupro: as construções da virilidade. **Cadernos pagu** (11), 1998: 231-273

MORGADO, R. **Mulheres, mães e o abuso sexual incestuoso**. Rio de Janeiro, Editora UFRJ, 2012.

NABOKOV, V. **The Annotated Lolita**. London: Penguin Books 2000.

NIETZSCHE, F. **A Origem da Tragédia proveniente do espírito da música**. São Paulo: Ed. Cupolo, 2006.

PATNOE, E. Lolita Misrepresented, Lolita Reclaimed: Disclosing the Doubles. **College Literature**, v. Vol. 22, n. no. 2 (Junho, 1995), p. pp. 81-104, 1996.

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA contra menor de 14 anos em estupro é relativa. **Portal de Notícias do STJ**. Brasília, 27 de março, 2012. Disponível em <[#](http://ftp.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105175)> Acesso em 30 de março, 2015.

RAGUET-BOUVART, C. **Lolita: un royaume au-delà des mers**. Bordeaux: Press Univ de Bordeaux, 1996.

ROCHE, J. Children, Rights, Participation and Citizenship. **Childhood**, v. 6, p. 475-493, 1999.

ROTHSTEIN, E. "Lolita": Nymphet at Normal School. **Contemporary Literature**, v. Vol. 41, n. No. 1, p. pp. 22-55, Spring, 2000 2000.

SAVAGE, S. L. The Visual Rhetoric of Innocence: Lolitas in Popular Culture. **Visual Arts Research**. Vol. 37, n.2, 2011.

SCHWEIGHAUSER, P. Discursive Killings: Intertextuality, Aestheticization and Death in Nabokov's "Lolita". **Amerikastudien/ American Studies** Vol. 44, no.2, 1999.

SOIHET, R. A conquista do espaço público. **Nova História das Mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo n. 555**, 11 de Março, 2015.

THERBORN, G. The Politics of Children: Dimensions and Perspectives. **Childhood**, v. 3, 1996.

TOBIN, J. Courts and the Construction of Childhood: A New Way of Thinking. **Law and Childhood Studies: Current Legal Issues**, v. 14, p. 55-74, 2012.

WOODHEAD, M.; MONTGOMERY, H. **Understanding Childhood: An interdisciplinary approach**. Chichester: Milton Keynes, 2007.

WYNESS, M. **Childhood and society. An introduction to the sociology of childhood**. New York: Palgrave MacMillan, 2006.

ZERMATTEN, J. The Best Interest of the Child Principle: Literal Analysis and Function. **International Journal of Children's Rights**, v. 18, p. 483-499, 2010.

ZIN, M. B. Feminism and Family Studies for a New Century. **Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 571, n. Feminist Views of Social Sciences, p. 42-56, 2000.